الحدائق الناضرة

في

أحكام العترة الطاهرة

تأليف

العالم الفقيه المحدث الشيخ يوسف البحراني

المتوفى سنة ١١٨٦ هجرية

المجلد ٢٥

بسم الله الرحمن الرحیم

الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره

کاتب:

یوسف بحرانی

نشرت فی الطباعۀ:

مجهول (بی جا ، بی نا)

رقمی الناشر:

مرکز القائمیۀ باصفهان للتحریات الکمبیوتریۀ

الفهرس

الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره المجلد ۲۵

اشاره

سرشناسه : بحرانی، یوسف بن احمد، ق ۱۱۸۶ - ۱۱۰۷

عنوان و نام پدیدآور : الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره/ تالیف یوسف البحرانی

مشخصات نشر : قم.

وضعیت فهرست نویسی : فهرستنویسی قبلی

یادداشت : فهرستنویسی براساس جلد هجدهم

یادداشت : کتابنامه

شماره کتابشناسی ملی : ۵۵۶۰۹

ص: ۱

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

الحمد لله رب العالمین،و صلی الله علی خیر خلقه محمد و آله الطاهرین.

ص: ۱

[تتمه كتاب النكاح]

[تتمه الفصل الخامس]

المقصد الرابع فی أحكام الأولاد:

اشاره

و البحث فيه يقع بالنسبه إلى الأولاد و سنن الولاده و الحضانه،فهنا مقامات:

[المقام] الأول:ما يتعلق بالأولاد و بمن يلحقون

اشاره

،و هم إما أن يكونوا أولاد زوجه موطوءه بالعقد الدائم أو أولاد موطوءه بالملک،أو أولاد موطوءه بالشبهه،فهنا مسائل:

[المسأله] الأولى:فی أولاد الموطوءه بالعقد الدائم

اشاره

،لا خلاف بين الأصحاب كما ادعاه جمله منهم فی أن ولد الزوجه الدائمه يلحق بالزوج بشروط ثلاثه:

(أحدها)الدخول بالزوجه،و الدخول الموجب للحوق الولد يتحقق عندهم بغيبوبه الحشفه أو قدرها من مقطوعها فی القبل و إن لم ينزل،و ألحقوا به الوطء فی الدبر أيضا.

قال فی المسالک:و ذكر الشهيد فی قواعده أن الوطء فی الدبر على هذا الوجه يساوی القبل فی هذا الحكم و غيره إلا فی مواضع قليله استثناها-ثم قال:-و ما وقفت على كلام أحد يخالف ذلک،انتهى.

و أنت خبير بما فيه على إطلاقه من الإشكال،فإنه مع العلم بعدم الانزال

ص:٣٠

و إن كـان الجمـاع فی القبل،و كـذا مع الجماع فی الـدبر كيف يحكم بالإلحاق و الحال هـذه و لم أر من تنبه لـذلك إلا السـيد السند فی شرح النافع حيث قال:

و قد يقع الاشكال مع العلم بعدم نزول الماء،و ذكر المصنف فی الشرائع و غيره أن الوطء فی الدبر علی هذا الوجه يساوی الوطء فی القبل فی هذا الحكم و هو أشد إشـكالا،و ربما ظهر من كلام ابن إدريس و العلامه فی التحرير أنه لا عبره بالوطء فی الدبر،و هو متجه.انتهی كلامه،و هو جيد وجيه كما لا يخفی علی الفطن النبيه.

نعم لو كـان قـد أنزل لكنه عزل عن الزوجه فـإن الإلحـاق فی هـذه الصوره كما قطعوا به جيـد،لإمكان أن يسـبقه شـیء من الماء يتحقق به الحمل من غير أن يشعر به،أما فی الصورتين المذكورتين فلا وجه لذلك يمكن الاستناد إليه و البناء فی الحكم عليه.

و مما يدل علی ما ذكرناه فی صوره العزل ما رواه

فی كتاب قرب الاسناد (۱)عن السندی بن محمد عن أبی البختری عن جعفر بن محمد عليه السلام عن علی عليه السلام قال:

«جاء رجل إلی رسول الله صلی الله عليه و آله و سلم فقال:كنت أعزل عن جاريه لی فجاءت بولد،فقال صلی الله عليه و آله:

قد ينفلت،فألحق به الولد». و نحوه فی بعض التوقيعات الخارجه من الناحيه المقدسه (۲).

ثم إنه ينبغی أن يعلم أنه لا بـد أن يكون الزوج ممن يمكن التولـد منه من جهه السن،فلو كان صـغيرا لا يمكن حصول ذلك منه لم يلحق به الولد،و نقل عن العلامه فی الإرشاد أنه اكتفی ببلوغ العشر،و هو مشكل،إلا أن يعلم بالعاده وقوع ذلك منه.

و(ثانيهـا)مضـی أقـل مـده الحمل،و هی سـته أشـهر من حين الوطء،قال فی شـرح النافع:و هو موضع وفاق،و فی المسالك نسـب الإجماع علی ذلك إلی علماء الإسلام.

۱- ۱) قرب الاسناد ص ۶۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۱۳ ب ۱۵ ح ۱ و فيه«ان الوكاء قد ينفلت».

۲- ۲) التوقيع المشار اليه هنا مكتوب فی حاشيه آخر المسأله الثانيه(منه-قدس سره-).

و یـدل علیه قوله تعـالی «وَ حَمْلُهُ وَ فِصٰالُهُ ثَلاٰثُونَ شَهْراً» (۱)مع قوله تعـالی «وَ فِصٰالُهُ فِی عٰامَیْنِ» (۲)فإنه یترکب من الآیتین أن حمله یکون سته أشهر،لأنها هی الباقیه من الثلاثین شهرا بعد عامی الفصال،و لیست هذه المده هی أقصی مده الحمل للإجماع و الوجدان،فتعین أن یکون أقل مدته.

و یدل علی ذلک الأخبار أیضا و منها ما رواه

فی الفقیه (۳)عن سلمه بن الخطاب بسنده عن علی علیه السلام قال:

«أدنی ما تحمل المرأه لسته أشهر،و أکثر ما تحمل لسنه».

و ما رواه

فی الکافی (۴)عن الحلبی فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« إذا کـان للرجـل منکم الجـاریه یطؤهـا فیعتقها فاعتـدت و نکحت فإن وضـعته لخمسه أشـهر فإنه من مولاها الـذی أعتقها،و إن وضعت بعد ما تزوجت لسته أشهر فإنه لزوجها الأخیر».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۵)عن جمیل عن بعض أصحابه عن أحدهما علیهما السلام

«فی المرأه تزوج فی عـدتها،قـال:یفرق بینهما و تعتـد عـده واحـده منهما،و إن جاءت بولـد لسـته أشـهر أو أکثر فهو للآخر،و إن جاءت بولد لأقل من سته أشهر فهو للأول». و رواه

فی الفقیه (۶)فی الصحیح قال:

«و فی روایه جمیل فی المرأه-الحدیث».

ص: ۵

۱- ۱) سوره الأحقاف-آیه ۱۵.

۲- ۲) سوره لقمان-آیه ۱۴.

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۳۳۰ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۱۸ ح ۱۵.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۹۱ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۱۵ ح ۱.

۵- ۵) لم نعثر علیه فی الکافی،التهذیب ج ۷ ص ۳۰۹ ح ۴۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۱۷ ح ۱۳.

۶- ۶) الفقیه ج ۳ ص ۳۰۱ ح ۲۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۱۷ ذیل ح ۱۳.

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن محمد بن یحیی یرفعه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال أمیر المؤمنین علیه السلام:لا تلد المرأه لأقل من سته أشهر». إلی غیر ذلک من الأخبار المتفرقه فی جمله من الأحکام الآتی بعضها إن شاء الله.

و(ثالثها)أن لا یتجاوز أقصی مده الحمل،و هو مما لا خلاف فیه،إنما الخلاف فی تقدیر المده المذکوره،هل هی سنه أو تسعه أشهر أو عشره أشهر؟ مع الاتفاق علی أنه لا یزید علی السنه.

و إلی(الأول)ذهب المرتضی فی الانتصار مدعیا علیه الإجماع،و نفی عنه البأس فی المختلف و هو مذهب أبی الصلاح،و اختاره شیخنا فی المسالک و سبطه السید السند فی شرح النافع،و جعله المحقق فی الشرائع متروکا،و إلی هذا القول مال صاحب الکفایه.و إلی(الثانی)أکثر الأصحاب فإنه المشهور بینهم.و إلی(الثالث) الشیخ فی موضع من المبسوط،قال فی الشرائع بعد نقل القول بذلک:و هو حسن یعضده الوجدان.

و الواجب بمقتضی عادتنا فی الکتاب نقل الأخبار التی وصلت إلینا فی المسأله المذکوره،ثم الکلام فیها بما وفق الله سبحانه لفهمه منها ببرکه أهل الذکر علیهم السلام.

و منها ما تقدم

فی روایه سلمه بن الخطاب (۲)من قوله

«و أکثر ما تحمل لسنه». و هذه الروایه صریحه فی السنه،إلا أنه قال فی الوافی:و فی بعض النسخ «و أکثر ما تحمل لسنتین»فإن صح فلعله ورد علی التقیه.

أقول:و بلفظ السنتین نقل الخبر فی کتاب الوسائل،و لم یذکر غیرها،و علی هذا النسخه لا دلاله فی الروایه علی شیء من الأقوال المذکوره.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۵۶۳ ح ۳۲،التهذیب ج ۷ ص ۴۸۶ ح ۱۶۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۱۶ ح ۸.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۳۳۰ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۱۸ ح ۱۵.

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۱)عن معاویه بن حکیم عن أبی إبراهیم علیه السلام أو أبیه علیه السلام

«أنه قال فی المطلقه یطلقها زوجها فتقول:أنا حبلی فتمکث سنه، قال:إن جاءت به لأکثر من سنه لم تصدق و لو ساعه واحده فی دعواها».

و ما رواه

فی الکافی (۲)عن عبد الرحمن بن سیابه عمن حدثه عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألت عن غایه الحمل بالولد فی بطن أمه کم هو؟فإن الناس یقولون:ربما بقی فی بطنها سنتین،فقال:کذبوا أقصی مده الحمل تسعه أشهر لا یزید لحظه.

و لو زاد ساعه لقتل امه قبل أن یخرج». و هذه الروایه کما تری صریحه فی التسعه.

و ما رواه

فی روضه الکافی (۳)عن أبان عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إن مریم حملت بعیسی تسع ساعات،کل ساعه شهر». و هی ظاهره فی التسعه.

و استند السید السند فی شرح النافع فی الاستدلال علی ما اختاره من السنه.

و کذا من تبعه فی ذلک إلی

صحیحه عبد الرحمن بن الحجاج (۴)قال:

«سمعت أبا إبراهیم یقول:إذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلی انتظر تسعه أشهر،فإن ولدت و إلا اعتدت بثلاثه أشهر ثم قد بانت منه».

و روایه محمد بن حکیم (۵)عن أبی الحسن علیه السلام:قال:

«قلت له:المرأه الشابه

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۰۱ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۱۲۹ ح ۴۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۲ ح ۳.

۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۵۲ ح ۳،التهذيب ج ۸ ص ۱۱۵ ح ۴۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۱۵ ح ۳.

۳- ۳) روضه الكافى ج ۸ ص ۲۷۳ ح ۵۱۶ و فيه«أبان عن رجل عن»،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۱۶ ح ۷.

۴- ۴) الكافى ج ۶ ص ۱۰۱ ح ۱،الفقيه ج ۳ ص ۳۳۰ ح ۷،التهذيب ج ۸ ص ۱۲۹ ح ۴۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۱ ب ۲۵ ح ۱.

۵- ۵) الكافى ج ۶ ص ۱۰۱ ح ۲،التهذيب ج ۸ ص ۱۲۹ ح ۴۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۲ ح ۲.

التی تحیض مثلها یطلقها زوجها فیرتفع حیضها کم عدتها؟قال:ثلاثه أشهر،قلت:

فإنها ادعت الحبل بعد ثلاثه أشهر،قال:عدتها تسعه أشهر،قلت:فإنها ادعت الحبل بعد تسعه أشهر؟قال:إنما الحبل تسعه أشهر،قلت:تزوج؟قال:تحتاط بثلاثه أشهر،قلت:فإنها ادعت بعد ثلاثه أشهر،قال:لا ریبه علیها تزوجت إن شاءت». قال:و الظاهر أن المراد بقوله«الحبل تسعه أشهر»أن الغالب فیه ذلک، ثم أمرها بالاحتیاط ثلاثه أشهر،و ذلک مجموع السنه،و فی روایه أخری لابن حکیم -ثم نقل الروایه المتقدمه الظاهره فی السنه،ثم قال:-و ذکر جدی أنه وقع فی زمانه فی بعض النساء تأخر حمله سنه،و حکی لنا فی هذا الزمان أنه وقع ذلک أیضا فی بعض نساء بلدنا،و لا ریب أن اعتبار ذلک عاده و إن کان نادرا أولی من الحکم بنفی النسب عن أهله،انتهی.

أقول:مرجع استدلاله بصحیحه عبد الرحمن بن الحجاج،و الروایه الاولی من روایتی محمد بن حکیم مع أن ظاهرهما أنما هو الدلاله علی القول بالتسعه إلا أنه علیه السلام لم یرخص لها فی التزویج إلا بعد مضی التسعه و الثلاثه الأشهر التی بعدها الذی مجموعه سنه،فهو یدل علی أن أقصی مده الحمل سنه،إذ لو کان ذلک تسعه أشهر لجوز لها النکاح بعد التسعه،أو حمل ما دل بظاهره علی التسعه علی أنه الأغلب.

و فیه:(أولا)أن المستفاد من أخبار هذه المسأله-أعنی مسأله المسترابه کما سیأتی إن شاء الله تحقیقه فی محله-هو أن هذه الأشهر الأخیره هی العده الشرعیه و مضی التسعه الأشهر و إن حصل به براءه الرحم و حصل الیقین بعدم الحبل لمضی المده التی هی أکثر الحمل،لکنه لا ینافی وجوب الاعتداد،فإن ما علل به وجوب الاعتداد من تحصیل براءه الرحم لیس کلیا یجب إطراده، لتخلفه فی مواضع لا تحصی،کمن مات عنها زوجها بعد عشر سنین من مفارقتها، و کذا فی الطلاق مع أنه لا ریب فی وجوب العده.

و(ثانیا)أن ارتکاب التأویل فی الأخبار فرع وجود المعارض،و هم لم یذکروا علی ما اختاروه من القول بالسنه دلیلا یوجب إخراج هذه الأخبار عن ظاهرها،فحمله ما دل علی التسعه-کهذه الروایات علی أن ذلک الغالب-خروج عن الظاهر،یتوقف علی وجود المعارض الراجح الدال علی القول بالسنه،و لیس إلا ما أورده من ظاهر روایه محمد بن حکیم الثانیه (1)التی هی مع الغماض عن المناقشه فی دلالتها معارضه بما هو أظهر دلاله منها کروایه عبد الرحمن بن سیابه (2)و الروایه التی بعدها،علی أنک قد عرفت فی غیر موضع مما تقدم أن من القواعد المقرره فی کلامهم (3)أن إطلاق الأخبار إنما تحمل علی الأفراد الغالبه المتکرره المتکثره دون الفروض النادره التی ربما لا تقع و لا تعلم إلا بمثل هذه الحکایات التی نقلها.

و(ثالثا)أن اعتماده فی الاستدلال علی القول بالسنه بهاتین الروایتین بالتقریب الذی ذکره من ضم الثلاثه أشهر الأخیره إلی التسعه،و أن المجموع یصیر سنه منقوض بما دلت علیه موثقه عمار الظاهره فی أن أقصی الحمل سنه،حیث إنه علیه السلام أوجب الاعتداد فیها بالثلاثه بعد مضی السنه،و هی ما رواه (4)

عن أبی عبد الله

ص: 9

1- 1) الکافی ج 6 ص 101 ح 2،التهذیب ج 8 ص 129 ح 44،الوسائل ج 15 ص 442 ح 2.

2- 2) الکافی ج 6 ص 52 ح 3،التهذیب ج 8 ص 115 ح 45،الوسائل ج 15 ص 115 ح 3.

3- 3) و مرجع ذلک الی أنه مع معلومیه الحال بکونه تسعه أو سنه فلا اشکال،و انما الإشکال فیما إذا جهل ذلک کما فی صوره الارتیاب،فمقتضی ما قلنا من القاعده هو الحمل علی التسعه لأنه هو الفرد المتکرر الغالب،فمتی حصلت التسعه حکم بخروجها من العده. (منه-قدس سره-).

4- 4) الکافی ج 6 ص 98 ح 1،التهذیب ج 8 ص 119 ح 9،الوسائل ج 15 ص 442 ب 13 ح 1.

علیه السلام «أنه سئل عن رجل عنده امرأه شابه،و هی تحیض کل شهرین أو ثلاثه أشهر حیضه واحده،کیف یطلقها زوجها؟فقال:أمرها شدید تطلق طلاق السنه تطلیقه واحده علی طهر من غیر جماع بشهود،ثم تترک حتی تحیض ثلاث حیض متی حاضت،فإذا حاضت ثلاثا فقد انقضت عدتها،قیل له:و إن مضت سنه و لم تحض فیها ثلاث حیض؟قال:إذا مضت سنه و لم تحض ثلاث حیض یتربص بها بعد السنه ثلاثه أشهر،ثم قد انقضت عدتها»الحدیث. و هذا الخبر من الأخبار الداله علی السنه،و هو کما تری ظاهر فیما قدمنا ذکره،من أن هذه الثلاثه الأشهر الأخیره هی العده الشرعیه،و إن علم براءه الرحم بمضی أقصی الحمل بالتسعه کما فی الأخبار المتقدمه،أو السنه کما فی هذه الروایه،لا أن هذه الثلاثه تضم إلی المده الأولی لیحصل بالمجموع أقصی الحمل،و إلا للزم أن أقصی الحمل بناء علی هذه الروایه خمسه عشر شهرا و هو باطل یقینا.

و بالجمله فإن ما تکلفه-رحمه الله-و قبله جده فی المسالک من الاستدلال علی ما ذهبا إلیه بهذه الروایه فهو لا یخلو من تکلف و تعسف،و سیظهر لک-إن شاء الله تعالی-ذلک فی المسأله المذکوره وفق الله سبحانه للوصول إلیها.

و العلامه فی المختلف قد اقتصر علی نقل أقوال المسأله،و هی الثلاثه المذکوره و لم یتعرض لذکر أدله شیء منها،و قد عرفت أن روایات المسأله و هی التی وقفنا علیها منحصره فی القول بالتسعه و القول بالسنه،و أما القول بالعشره فلم نقف له علی خبر،إلا أن ظاهر بعضهم أنه مروی أیضا،قال ابن حمزه-علی ما نقله عنه فی المختلف-:أکثر مده الحمل فیه روایات ثلاثه:تسعه أشهر،و عشره،و سنه.

ثم لا یخفی أن ما دل علیه خبر محمد بن حکیم الأول قد روی نحوه فی أخبار أخر له أیضا منها ما رواه (1)

عن أبی عبد الله علیه السلام أو أبی الحسن علیه السلام قال:

«قلت له:رجل طلق امرأته،فلما مضت ثلاثه أشهر ادعت حبلی،قال:ینتظر بها تسعه

١- ١) الکافی ج ۶ ص ١٠٢ ح ۵،الوسائل ج ١۵ ص ۴۴٣ ح ۵.

أشهر،قال:قلت:فإنها ادعت بعد ذلك حبلى،قال:هيهات هيهات،إنما يرتفع الطمث من ضربين،إما حبل بين و إما فساد من الطمث،و لكنها تحتاط بثلاثه أشهر بعد».

و أنت خبير بما فى هذا الخبر من الدلاله الظاهره على ما قررناه،و الوضوح فيما اخترناه،و التقريب فيه أنه لما ادعت الحبل بعد الثلاثه الأشهر فأمره عليه السلام بالانتظار لتسعه أشهر التى هى أقصى مده الحمل،فإن ظهر فيها حمل فذاك،و إلا فإنه قد تبين بانقضاء المده المذكوره عدم الحمل،و لهذا لما قال له الراوى أنها بعد التسعه ادعت الحبل،قال:هيهات هيهات.يعنى هذا لا يكون أبدا بأن تمضى مده تسعه أشهر لم يتبين فيها الحمل ثم يتبين بعدها،و ما ذاك إلا من حيث إنها أقصى مده الحمل،و لو كان مده الحمل سنه كما يقوله أولئك لم يكن لهذا الكلام معنى بالكليه،بل كان ينبغى أن يرتب على مضى السنه،لا التسعه الأشهر،ثم إنه أمره بالثلاثه الأشهر بعد التسعه التى تبين بها عدم الحمل و براءه الرحم منه احتياطا، و هى العده الشرعيه المأمور بها بعد الطلاق،و إنما نسبها إلى الاحتياط لتبين براءه الرحم قبلها،و إنما هى مؤكده لذلك و الوجه ما قد عرفته من أن التعليل ببراءه الرحم إنما هو للتقريب إلى الأفهام،لا أنه عله حقيقيه،يدور المعلول معها وجودا و عدما.

نعم يبقى الكلام فى الجمع بين أخبار السنه و التسعه،و لا يحضرنى الآن وجه شاف يعول عليه.

و من فروع المسأله ما لو وضعت الولد بعد سنه من وقت الجماع فإنه على القول بكون أقصى مده الحمل تسعه لا يلحق بالزوج،و إنما يلحق به على تقدير القول بالسنه،و هذا معظم الشبهه عند شيخنا الشهيد الثانى و سبطه،و إليه أشار السيد السند فيما قدمنا نقله عنه بقوله فى آخر كلامه«و لا ريب أن اعتبار ذلك عاده و إن كان نادرا أولى من الحكم بنفى النسب عن أهله،و مرجعه إلى التمسك

بأن الولد للفراش»كما ذكره جده بقوله:و استصحاب حكمه،و حكم الفراش أنسب و إن كان خلاف الغالب.

و فيه أنه متى قام الدليل بأن أقصاه تسعه كما عرفته من الأخبار التى قدمناها،و هى ما بين نص و صريح فى ذلك و ظاهر،فإنه يجب تخصيص حديث الفراش بها،و قد عرفت أن جل أخبار محمد بن حكيم و هى متعدده زياده على ما نقلناه ظاهره فى التسعه،و ما ارتكبوه من تأويلها قد عرفت ما فيه بما أظهرناه من ضعف باطنه و خافيه،على أنك قد عرفت أن مقتضى قواعدهم إنما هو الحمل على الأفراد الغالبه المتكرره،لا الفروض الشاذه النادره.

[فوائد]

اشاره

و تحقيق الكلام فى المقام يتم برسم فوائد:

الأولى [فيما لو دخل بزوجته و جاءت بولد لأقل من سته أشهر] :

اختلف الأصحاب فيما لو دخل بزوجته و جاءت بولد لأقل من سته أشهر و هو حى كامل،فقال الشيخ المفيد:إن ولدت زوجته على فراشه حيا تاما لأقل من سته أشهر من يوم لامسها فليس بولد فى حكم العاده،و هو بالخيار إن شاء أقر به،و إن شاء نفاه عنه.

و قال الشيخ فى النهايه:فإن جاءت به لأقل من سته أشهر حيا سليما جاز له نفيه عن نفسه.

و قال ابن إدريس:يجب عليه نفيه،و إلى هذا القول ذهب إليه من تأخر عنه و هو المشهور بين المتأخرين.

قال فى المختلف و هو المعتمد لنا:أنه ليس ولدا له فسكوته عن نفيه يوجب لحاقه به و اعترافه بنسبه،و هو حرام إجماعا.و على هذا المنهاج كلام غيره،و هو الظاهر الذى لا إشكال فيه.

و العجب من مثل الشيخين فى خلافهما لذلك.

روى الصدوق فى الفقيه،و الشيخ فى التهذيب (1)عن أبان بن تغلب قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه

1- 1) الفقيه ج 3 ص 301 ح 27،التهذيب ج 8 ص 167 ح 4،الوسائل ج 15 ص 117 ح 3.

فلم تلبث بعد ما أهديت إليه إلا أربعه أشهر حتى ولدت جاريه،فأنكر ولدها و زعمت هى أنها حملت منه،قال:فقال:لا يقبل منها ذلك،و إن ترافعا إلى السلطان تلاعنا و فرق بينهما و لم تحل له أبدا».

و كذا يجب أن يكون الحكم كذلك فيما إذا ولدت الزوجه بعد أقصى زمان الحمل من حين الوطء فإنه يجب على الزوج نفيه لانتفائه عنه فى نفس الأمر، فهو فى معلوميه نفيه عنه كما لو ولدت به قبل الدخول،أو ولدت به لأقل من سته أشهر كما تقدم،و قد ذكر جمله من الأصحاب هنا أن ذلك يعلم بأحد أمرين،إما اتفاق الزوجين على عدم الوطء فى المده المذكوره،أو ثبوت ذلك بغيبه أحدهما عن الآخر فى جميع هذه المده.

و مما ورد بالنسبه إلى الغيبه ما رواه

فى الكافى (۱)عن يونس

«فى المرأه يغيب عنها زوجها فتجىء بولد،أنه لا يلحق الولد بالرجل إذا كانت غيبه معروفه،و لا تصدق إنه قدم فأحبلها». و قوله«إذا كانت غيبته معروفه»فيه إشاره إلى محل المسأله.

الثانيه [فيما لو زنت المرأه على فراش زوجها]

اشاره

لا خلاف و لا إشكال فى أنه لو زنت المرأه على فراش زوجها كان الولد ملحقا بالزوج لا ينتفى منه إلا باللعان،

للخبر المستفيض (۲)عنه صلى الله عليه و آله و سلم

«الولد للفراش و للعاهر الحجر».

و روى الكلينى (۳)عن سعيد الأعرج فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

« سألته عن رجلين وقعا على جاريه فى طهر واحد،لمن يكون الولد؟قال:للذى

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۴۹۰ ح ۱،التهذيب ج ۸ ص ۱۶۷ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۱۳ ب ۱۰۰ ح ۱.
۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۱۶۳ ح ۱،التهذيب ج ۹ ص ۳۴۶ ح ۲۶،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۶۶ ح ۱.
۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۴۹۱ ح ۳،التهذيب ج ۸ ص ۱۶۹ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۸ ح ۴.

عنده،لقول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:الولد للفراش و للعاهر الحجر».

و ما رواه

فی التهذیب (۱)عن سعید الأعرج فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« قلت له:الرجل یتزوج المرأه و لیست بمأمونه تدعی الحمل،قال:لیصبر لقول رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم:الولد للفراش و للعاهر الحجر».

إلی غیر ذلک من الأخبار الوارده بهذا المضمون،و لا فرق فی ذلک بین کون الولد مشبها للزانی فی الخلق و الخلق أم لا،عملا بالإطلاق.

تنبیه [معنی] قوله«الولد للفراش»

قیل:أی لمالک الفراش،و هو الزوج أو المولی.

أقول:قال فی کتاب المصباح المنیر (۲):قوله«الولد للفراش»أی الزوج،فإن کل واحد من الزوجین یسمی فراشا للآخر،کما سمی کل واحد منهما لباسا للآخر،انتهی.و علی هذا فلا یحتاج إلی تقدیر مضاف کما فی الأول.و قوله «و للعاهر-أی الزانی-الحجر»یحتمل معنیین:أحدهما أن الحجر کنایه عن الخیبه و الحرمان بمعنی لا شیء له،کما یقال:له التراب.و ثانیهما أنه کنایه عن الرجم بالأحجار،و رد بأن لیس کل زان یجب رجمه.

قال السید الرضی صاحب کتاب نهج البلاغه فی کتاب المجازات النبویه بعد ذکر الخبر:هذا مجاز علی أحد التأویلین و هو أن یکون المراد أن العاهر لا شیء له فی الولد،فعبر عن ذلک بالحجر،أی له من ذلک ما لا حظ فیه و لا انتفاع به،کما لا ینتفع بالحجر فی أکبد الأحوال-إلی أن قال:-و أما التأویل الآخر الذی یخرج به الکلام عن حیز المجاز إلی الحقیقه فهو أن یکون المراد أنه لیس

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۸۳ ح ۶۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۶۵ ح ۱.

۲- ۲) المصباح المنیر ص ۶۴۰.

للعاهر إلا إقامه الحد عليه و هو الرجم بالأحجار فيكون الحجر هنا اسما للجنس لا المعهود،و هذا إذا كان العاهر محصنا،فإن كان غير محصن فالمراد بالحجر هنا على قول بعضهم الإعناف به و الغلظ عليه بتوفيه الحد الذى يستحقه من الجلد، و فى هذا القول تعسف،و الاستكراه-و إن كان داخلا فى باب المجاز-إلا أن الغلظ على من يقام عليه الحد إذا كان الحد جلدا لا رجما لا يعبر عنه بالحجر لأن ذلك بعيد عن سنن الفصاحه،و الأولى الاعتماد على التأويل الأول.

الثالثه:إذا اختلف الزوجان فى الدخول و عدمه

فادعته المرأه ليلحق به الولد و أنكره الزوج فلا ريب فى أن القول قوله بيمينه لأن الأصل عدمه و لأن الدخول من فعله فيقبل قوله فيه،و لو اتفقا على الدخول لكن أنكر الزوج الولاده و ادعى أنها أتت به من خارج فالقول قوله بيمينه أيضا لأن الأصل عدم الولاده،و لو اعترف بالدخول و الولاده و حصلت الولاده بعد مضى أقل مده الحمل و قبل مضى أقصاه فإن الولد يلحق به شرعا و يلزمه الإقرار به،و لو أنكره و الحال هذه لم ينتف عنه إلا باللعان و هو موضع وفاق.

أما لو ادعى الأب ولادته لدون سته أشهر أو لأزيد من أقصى الحمل و ادعت الزوجه ولادته بعد مضى أقل مدته أو قبل مضى أقصاه،فظاهر إطلاق بعض العبارات أن القول قول المرأه،و أن الحكم كما فى سابق هذا الموضع و الأنسب بقواعدهم و الأربط بضوابطهم أن القول قول المرأه فيما إذا ادعى الزوج ولادته بعد مضى أقصى الحمل،لأن الأصل عدم مضى تلك المده،و الأصل عدم تقدم الوطء على الوقت الذى تعترف به المرأه.

و أما فى صوره ما إذا ادعى ولادته قبل مضى أقل مده الحمل و ادعت المرأه مضى تلك المده،فيشكل القول بتقديم قولها (1)فى ذلك،لأن الأصل عدم مضى

ص:15

1- 1) لان مثال هذه الدعوى-أى دعوى عدم مضى تلك المده-إلى دعوى الدخول، فإنه إذا قال:لم تمض سته أشهر من حين الوطء فمعناه أنه لم يطأ قبل هذه المده و انما وطأ فى انتهائها،فكما أن قوله يقدم فى عدم الدخول لأصاله عدمه،فكذا هنا لأصاله عدم تقدمه،لاشتراكهما فى تعليل الأصل.كذا إفاده شيخنا فى المسالك. (منه-قدس سره-).

تلک المده المتنازع فیها،و عدم تقدم الوطء عن الوقت الذی یعترف به الزوج، فالأظهر هنا تقدیم قول الزوج فی ذلک،و من هنا حمل بعضهم إطلاق تقدیم قول المرأه فی الاختلاف فی المده علی المعنی الأول (۱)لیتجه الحکم بتقدیم قول المرأه.

قال فی شرح النافع:و متی قلنا بتقدیم قول المرأه فالظاهر أن علیها الیمین کما صرح به الشهید و جماعه،و ربما ظهر من کلام بعض الأصحاب عدم یمینها و هو بعید.انتهی،و هو جید.

الرابعه [حکم الولد] لو زنی بامرأه فأحبلها ثم تزوجها

،و کذا لو زنی بأمه غیره ثم اشتراها لم یجز له إلحاق الولد بنفسه،لأن الولد إنما حصل بالزنا،و النسب لا یثبت بالزنا،و مجرد الفراش لا یقتضی إلحاق ما علم انتفاؤه.

و یدل علی ذلک من الأخبار صریحا ما رواه

الشیخ (۲)فی الصحیح عن علی ابن مهزیار عن محمد بن الحسن القمی قال:

«کتب بعض أصحابنا علی یدی أبی جعفر علیه السلام:جعلت فداک ما تقول فی رجل فجر بامرأه فحبلت ثم إنه تزوجها بعد الحمل فجاءت بولد و هو أشبه خلق الله به،فکتب علیه السلام بخطه و خاتمه:الولد لغیه لا یورث».

و فی الصحیح عن الحلبی (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«أیما رجل وقع علی ولیده قوم حراما ثم اشتراها فادعی ولدها فإنه لا یورث منه،فإن رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم

۱- ۱) و هو ما لو أتت به بعد مضی سته أشهر.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۱۶۴ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۱۸۲ ح ۶۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۱۴ ب ۱۰۱ ح ۱.

۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۱۶۳ ح ۱ مع زیاده فیه،التهذیب ج ۸ ص ۲۰۷ ح ۴۰، و ج ۹ ص ۳۴۶ ح ۲۶،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۶۶ ح ۱ و ج ۱۴ ص ۵۸۳ ب ۷۴ ح ۱.

قال:الولد للفراش و للعاهر الحجر».

الخامسه:إذا طلق الرجل زوجته فاعتدت و تزوجت ثم أتت بولد

فإن كان لدون سته أشهر فهو للأول و لو كان لسته أشهر فصاعدا فهو للأخير،و كذا لو أعتق أمه فتزوجت بعد العده ثم ولدت فإن الحكم فى الولد كما ذكر من التفصيل.

و الوجه فى الأول ظاهر لانتفاء الولد فى هذه الحال عن الثانى بعدم مضى أقل مده الحمل من وطيه،مؤيدا ذلك بالأخبار الآتيه فى المقام،و نحوه فى الحكم بكونه للأول أيضا ما لو أتت به قبل تجاوز أقصى مده الحمل من وطء الأول و لم تتزوج لأنها فراشه حينئذ و لم يشاركه فراش آخر ليشاركه فى الولد.

و أما الثانى و هو ما لو أتت به لسته أشهر فصاعدا فالحكم به للثانى ظاهر فيما لو كان الإتيان به بعد مضى أقصى مده الحمل من وطء الأول فإنه لا يمكن إلحاقه بالأول حينئذ،و إنما الكلام فيما لو أتت به قبل مضى الأقصى،فإنه يمكن أن يكون من الأول لعدم تجاوز أقصى مده الحمل من وطئه،و أن يكون من الثانى لمضى أقل مده الحمل من وطئه،و المشهور-و به قطع الشيخ فى النهايه و المحقق و جماعه-أنه للثانى،و قال الشيخ فى المبسوط:تعتبر القرعه لإمكان أن يكون من الأول و من الثانى لأن الأم فراش لكل منهما حال وطئه،و لا ترجيح إلا بالقرعه.

و يدل على المشهور جمله من الأخبار،منها ما رواه

الكلينى (1)فى الصحيح عن الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا كان للرجل منكم الجاريه يطؤها فيعتقها فاعتدت و نكحت فإن وضعت لخمسه أشهر فإنه من مولاها الذى أعتقها،و إن وضعت بعد ما تزوجت لسته أشهر فإنه لزوجها الأخير».

١- ١) الكافى ج ۵ ص ۴۹۱ ح ١،التهذيب ج ٨ ص ١۶٨ ح ١٠ و فيه«فإنه لمولاها» الوسائل ج ١۵ ص ١١۵ ح ١.

و ما رواه

فی التهذیب (۱)عن زراره قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن الرجل إذا طلق امرأته ثم نكحت و قد اعتدت و وضعت لخمسه أشهر فهو للأول،و إن كان ولدا ینقص من سته أشهر فلأمه و لأبیه الأول،و إن ولدت لسته أشهر فهو للأخیر».

و ما رواه

الصدوق فی الفقیه (۲)فی الصحیح عن جمیل بن دراج

«فی المرأه تتزوج فی عدتها،قال:یفرق بینهما و تعتد عده واحده منهما،فإن جاءت بولد لسته أشهر أو أكثر فهو للأخیر،و إن جاءت بولد فی أقل من سته أشهر فهو للأول».

و رواه

الكلینی و الشیخ (۳)عن جمیل بن دراج عن بعض أصحابه عن أحدهما علیهما السلام

«فی المرأه تزوج»الحدیث.

و ما رواه

الشیخ (۴)عن أبی العباس البقباق قال:

«إذا جاءت بولد لسته أشهر فهو للأخیر،و إن كان أقل من سته أشهر فهو للأول».

و قد اشتركت هذه الروایات فی الدلاله علی أنه مع تعدد صاحب الفراش فإنه یحكم للأول إن نقص عن السته،و إن كانت سته فصاعدا فهو للثانی،و منه یظهر بطلان القول بالقرعه،و كذا الحكم فی الأمه لو باعها سیدها بعد الوطء فإنه متی ولدت عند المشتری لأقل من سته تبین أنه من البائع،و یزید هنا أنه یبطل البیع لظهور كونها أم ولد،و أما لو ولدت لسته فصاعدا فهو من المشتری و البیع صحیح.

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۶۷ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۱۷ ح ۱۱.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۳۰۱ ح ۲۴،التهذیب ج ۷ ص ۳۰۹ ح ۴۱ مع اختلاف یسیر، الوسائل ج ۱۵ ص ۱۱۷ ح ۱۳.

۳- ۳) لم نعثر علیه فی الكافی،التهذیب ج ۸ ص ۱۶۸ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۱۷ ح ۱۳.

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۶۷ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۱۷ ح ۱۲.

و ظاهر شیخنا الشهید الثانی فی المسالک(۱)عدم الوقوف علی شیء من الروایات التی ذکرناها دلیلا للقول باللحوق بالثانی منهما متی کان لسته فصاعدا،لأنه بعد نقل القولین المذکورین إنما علل کلا منهما بالعلل الاعتباریه المتعارفه فی کلامهم ثم قال:و اختار المصنف إلحاقه بالثانی و لعله أقوی.

المسأله الثانیه:فی أولاد الموطوءه بالملک و ما یترتب علیها من الأحکام

اشاره

، و ذلک یقع فی مواضع:منها أنه متی وطأ الأمه فجاءت بولد لسته أشهر فصاعدا لزم الإقرار به لأنه لو نفاه لم یلاعن امه بل یحکم بنفیه ظاهرا،و لو اعترف به بعد ذلک الحق به،و تفصیل الوجه فی هذا الإجمال أن یقال:

أما لزوم الإقرار به إذا لم یعلم انتفاؤه عنه فیدل علیه بعد اتفاق الأصحاب علی الحکم المذکور ما رواه

الکلینی (۱)فی الصحیح عن سعید بن یسار قال:

« سألت أبا الحسن علیه السلام عن الجاریه تکون للرجل یطیف بها و هی تخرج فتعلق، قال:یتهمها الرجل أو یتهمها أهله؟قلت:أما ظاهره فلا،قال:إذا لزمه الولد».

۱- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۸۹ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۸۱ ح ۵۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۵ ح ۲.

و عن سعید بن یسار (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل وقع علی جاریه له تذهب و تجیء و قد عزل عنها و لم یکن منه إلیها شیء،ما تقول فی الولد؟قال، أری أن لا یباع هذا یا سعید،قال:و سألت أبا الحسن علیه السلام فقال:أیتهمها؟فقلت:

أما تهمه ظاهره فلا،قال:فیتهمها أهلک؟فقلت:أما شیء ظاهر فلا،قال:

فکیف تستطیع أن لا یلزمک الولد».

و ما رواه

الشیخ (۲)فی الصحیح عن عمر بن یزید قال:

«کتبت إلی أبی الحسن علیه السلام:فی هذا العصر رجل وقع علی جاریته ثم شک فی ولده،فکتب علیه السلام:إن کان فیه مشابهه منه فهو ولده».

و ظاهر هذه الأخبار عدم لحوقه به مع التهمه،و سیجیء الکلام فیه إن شاء الله تعالی.

و أما أنه لو علم انتفاؤه عنه فإنه یجوز له نفیه،و ینبغی ظاهرا من غیر أن یتوقف علی لعان،فهو مجمع علیه بینهم،و قد نقل الإجماع علی ذلک فخر المحققین فی شرح القواعد و شیخنا الشهید الثانی فی الروضه و المسالک.

و أما سقوط اللعان هنا فلأن مورده-کما دلت علیه الآیه-الزوجان کما سیجیء بیانه إن شاء الله تعالی فی محله.قال سبحانه «وَ الَّذِینَ یَرْمُونَ أَزْوٰاجَهُمْ» الآیه.

و أما انتفاؤه ظاهرا بمجرد النفی،فاستدل علیه زیاده علی الإجماع المدعی بأن ذلک لا یعرف إلا من قبله،فلو لم ینتف بنفیه-و الحال أنه لا ینتفی باللعان- لزم کون ولد الأمه أقوی من ولد الحره لأن ولد الحره ینتفی باللعان،و هذا لا یمکن نفیه أصلا علی هذا التقدیر،و ذلک معلوم البطلان.انتهی،و فیه ما لا یخفی.

و بالجمله فإنی لا أعرف لهم دلیلا ظاهرا إلا الإجماع المدعی.

ص:۲۰

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۸۹ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۱۸۱ ح ۵۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۶ ح ۵.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۸۱ ح ۵۶ و فیه«عن یعقوب بن یزید»،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۴ ح ۵.

و أما أنه إذا اعترف به بعد الإنكار الحق به،فاستدل عليه بخبر (۱)

«إقرار العقلاء على أنفسهم جائز». و لأن الملاعن الـذى ينتفى عنه الولـد باللعان إذا أكذب نفسه الحق به الولد-كما سيجىء إن شاء الله تعالى فى باب اللعان-و إلحاقه به فيما إذا اعترف به بعد النفى بطريق أولى.

تذنيبات

الأول [حكم ولد المتعه]

لا يخفى أن ما ذكروه من هذه الأحكام فى ولد الأمه يجىء مثله -كما صرح به الأصحاب-فى ولد المتعه من لزوم الاعتراف به إذا لم يعلم انتفاؤه،و أنه إذا انفاه ينتفى ظاهرا من غير لعان،و إذا اعترف به بعد النفى الحق به.

قال السيد السند فى شرح النافع:و نقل جدى-رحمه الله عليه-فى باب المتعه من الروضه و المسالك الاتفاق على أن ولد المتعه ينتفى بغير لعان،مع أنه قال فى هذا الباب من الروضه:أن انتفاء ولد المتعه بمجرد النفى هو المشهور،و حكى عن المرتضى-رحمه الله عليه-قولا بإلحاقها بالدائمه فى توقف انتفاء ولدها على اللعان.

أقول:و قد تقدم تحقيق الكلام فى هذا المقام فى الفصل الثالث فى المتعه، و بينا ما فى المسأله من الاشكال،و إن لم يتنبه إليه أحد من علمائنا الأبدال، و أن الروايات التى استندوا إليها فى ذلك لا تخلو من الإجمال،فليرجع إليه من أحب تحقيق الحال.

الثانى [فيما لو أقر بالولد ثم أنكره]

لا خلاف بين الأصحاب فى أنه متى أقر بالولد فإنه لا يقبل منه إنكاره بعد ذلك،و قد ادعى الإجماع على ذلك جمله منهم و عليه تدل الأخبار أيضا.

و منها ما رواه

الشيخ (۲)فى الصحيح عن الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام

«أنه قال:

و أيما رجل أقر بولد ثم انتفى منه فليس له ذلك و لا كرامه،يلحق به ولده

۱- ۱) الوسائل ج ۱۶ ص ۱۱۱ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۱۶۳ ح ۱،التهذیب ج ۹ ص ۳۴۶ ح ۲۶،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۶۴ ح ۱.

إذا كان من امرأته أو وليدته».

و ما رواه

فی الکافی و الفقیه (۱)عن السکونی عن أبی عبد الله علیه السلام

«أن أمیر المؤمنین علیه السلام قال:من أقر بولد ثم نفاه جلد الحد و الزم الولد».

و ما رواه

فی التهذیب (۲)عن السکونی عن جعفر عن أبیه عن علی علیهم السلام قال:

« إذا أقر الرجل بالولد ساعه لم ینتف منه أبدا».

و ما رواه

فی الکافی (۳)عن سعد بن سعد فی الصحیح قال:

«سألته-یعنی أبا الحسن الرضا علیه السلام-عن رجل کان له ابن یدعیه فنفاه و أخرجه من المیراث و أنا وصیه فکیف أصنع؟فقال-یعنی الرضا علیه السلام-:لزمه الولد بإقراره بالمشهد لا یدفعه الوصی عن شیء قد علمه».

و ما رواه

فی التهذیب (۴)عن أبی بصیر قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل ادعی ولد امرأه لا یعرف له أب ثم انتفی من ذلک،قال:لیس له ذلک».

و ما رواه

فی التهذیب (۵)عن الحلبی فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا أقر الرجل بولد ثم نفاه لزمه».

الثالث:إذا کان للجاریه موال عدیده

و وطأها کل منهم و ولدت،فإما أن یکون وطء الموالی متفرقا بأن وطأها الأول ثم باعها من الثانی فوطأها ثم باعها من الثالث فوطأها و هکذا،و إن کان فی طهر واحد،أو یکون وطء الموالی

---

۱ - ۱) الكـافی ج ۷ ص ۲۶۱ ح ۸،الفقیـه ج ۴ ص ۳۶ ح ۱۲ و فیـه«أن علیـا علیه السـلام قـال:»،التهـذیب ج ۱۰ ص ۸۷ ح ۱۰۳،الوسائل ج ۱۸ ص ۴۵۷ ح ۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۸۳ ح ۶۳،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۶۵ ح ۴.

۳- ۳) الكافی ج ۷ ص ۶۴ ح ۲۶،الفقیه ج ۴ ص ۱۶۳ ح ۲،التهذیب ج ۹ ص ۲۳۵ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۳ ص ۴۷۶ ح ۱.

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۶۷ ح ۶،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۶۴ ح ۳.

۵- ۵) التهذیب ج ۹ ص ۳۴۶ ح ۲۸،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۶۴ ح ۲.

مجتمعا بحيث يكونون مشتركين فى الجاريه فوطأها كل منهم من حيث الملك فهنا قسمان:

(أحدهما)أن يكون الموالى متفرقه على الوجه الذى ذكرناه،و الذى ذكره الأصحاب أنه يحكم بالولد للأخير الذى عنده الجاريه إن جاءت بالولد لسته أشهر فصاعدا من يوم وطئها،و إلا كان للذى قبله بالشرط المذكور،و هكذا فى كل واحد منهم،و هى و إن كانت فراشا للجميع أو كالفراش إلا أن الولد عندهم يلحق بالمالك بالفعل دون الزائد و إن أمكن لحوقه به،هذا إن حصل شرط الإلحاق و هو التولد على الوجه المذكور،و إلا فالسابق،لأنه ناسخ لحكم الذى قبله مع إمكان اللحوق أيضا،و هكذا.

و الذى يدل على ما ذكروه من تقديم الحاضر دون من سبق و إن أمكن اللحوق ما رواه

المشايخ الثلاثه (۱)-رحمه الله عليهم-عن الصيقل عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سمعته يقول:و سئل عن رجل اشترى جاريه ثم وقع عليها قبل أن يستبرء رحمها،قال:بئس ما صنع،و يستغفر الله و لا يعود،قلت:فإنه باعها من آخر و لم يستبرء رحمها ثم باعها الثانى من رجل آخر فوقع عليها و لم يستبرء رحمها فاستبان حملها عند الثالث،فقال أبو عبد الله عليه السلام:الولد للفراش و للعاهر الحجر».

و رواه

الشيخ فى التهذيب (۲)بسند آخر عن الصيقل قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام و ذكر مثله،إلا أنه قال«قال أبو عبد الله عليه السلام:الولد للذى عنده الجاريه،و ليصبر لقول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:الولد للفراش و للعاهر الحجر».

و قال عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى (۳)

«و إن كانوا ثلاثه واقعوا جاريه على

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۴۹۱ ح ۲،الفقيه ج ۳ ص ۲۸۵ ح ۲،التهذيب ج ۸ ص ۱۶۸ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۸ ح ۲.
۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۱۶۸ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۸ ح ۳.
۳- ۳) فقه الرضا ص ۲۶۲ مع اختلاف يسير.

الانفراد بعد أن اشتراها الأول و واقعها ثم اشتراها الثانی و واقعها ثم اشتری الثالث و واقعها،کل ذلک فی طهر واحد،فأتت بولدها لکان الحق أن یلحق الولد بالذی عنده الجاریه و یصبر لقول رسول الله صلی الله علیه و آله:الولد للفراش و للعاهر الحجر»، هذا مما لا یخرج فی النظر و لیس فیه إلا التسلیم،و فی الخبرین دلاله علی کون الأمه فراشا،و الأصحاب قد استدلوا فی ذلک بهذین الخبرین لضعف قول من منع کونها فراشا.

و(ثانیهما)أن یطأها الموالی المشترکون فیها فی طهر واحد،و لا ریب أنهم قد فعلوا محرما فإنه لا یجوز لأحد الشرکاء الوطء بدون إذن الشرکاء الأخر، لکنه لا یکون بذلک زانیا بل عاصیا یستحق التعزیر و یلحق به الولد،و یقوم علیه الأمه و الولد یوم سقط حیا،و قد تقدم تحقیق الکلام فی المسأله فی کتاب البیع (۱)و الکلام هنا فیما إذا اجتمعوا علی الوطء فإنهم و إن فعلوا محرما إلا أن الولد لاحق بهم لا بمعنی أنه یکون مشترکا بین الجمیع بل یختص بواحد منهم،یجب الرجوع إلی القرعه فی تعیینه کما دلت علیه الأخبار،فکل من خرج اسمه الحق به الولد و اغرم حصص الباقین من قیمته و قیمه امه،لأنها قد صارت أم ولد بالنسبه إلی من الحق به،و ها أنا أسوق ما وقفت علیه من أخبار المسأله.

و منها ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۲)فی الصحیح عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا وقع الحر و العبد و المشرک بامرأه فی طهر واحد فادعوا الولد أقرع بینهم فکان الولد للذی یخرج سهمه».

و ما رواه

فی الکافی و الفقیه (۳)عن عاصم بن حمید عن أبی بصیر فی الصحیح أو

۱- ۱) ج ۱۹ ص ۴۷۸.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۹۰ ح ۱،التهذیب ج ۶ ص ۲۴۰ ح ۲۶ مع اختلاف فی السند و المتن،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۷ ح ۳ و ج ۱۸ ص ۱۸۷ ح ۱ مع اختلاف یسیر.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۹۱ ح ۲،الفقیه ج ۳ ص ۵۴ ح ۱۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۷۰ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۷ ح ۴ و ج ۱۸ ص ۱۸۸ ح ۶.

الحسن عن أبی جعفر علیه السلام قال: «بعث رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم علیا علیه السلام إلی الیمن فقال له حین قدم:حدثنی بأعجب ما ورد علیک،قال:یا رسول الله أتانی قوم قد تبایعوا جاریه فوطؤوها جمیعا فی طهر واحد فولدت غلاما و احتجوا فیه کلهم یدعیه فأسهمت بینهم و جعلته للذی خرج سهمه،و ضمنته نصیبهم،فقال النبی صلی الله علیه و آله و سلم:

إنه لیس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم إلی الله عز و جل إلا خرج سهم المحق».

و رواه الشیخ (۱)عن عاصم بن حمید عن بعض أصحابنا عن أبی جعفر علیه السلام مثله.

و ما رواه

فی التهذیب عن معاویه بن عمار فی الصحیح و الصدوق (۲)عنه فی الضعیف عن أبی عبد الله علیه السلام

«إذا وطأ رجلان أو ثلاثه جاریه فی طهر واحد فولدت فادعوه جمیعا أقرع الوالی بینهم،فمن قرع کان الولد ولده،و یرد قیمه الولد علی صاحب الجاریه»الحدیث.

و ما رواه

فی التهذیب (۳)عن سلیمان بن خالد فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قضی علی علیه السلام فی ثلاثه وقعوا علی امرأه فی طهر واحد.و ذلک فی الجاهلیه قبل أن یظهر الإسلام فأقرع بینهم و جعل الولد لمن قرع و جعل علیه ثلثی الدیه للآخرین،فضحک رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم حتی بدت نواجده قال:و ما أعلم فیها شیئا إلا ما قضی علی علیه السلام».

و نحو ذلک

صحیحه الحلبی (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا وقع المسلم و الیهودی و النصرانی علی المرأه فی طهر واحد أقرع بینهم،و کان الولد للذی تصیبه القرعه».

۱- ۱) التهذیب ج ۶ ص ۲۳۸ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۸ ص ۱۸۸ ح ۵.
۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۵۲ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۱۶۹ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۶ ح ۱ و ج ۱۸ ص ۱۹۰ ح ۱۴.
۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۶۹ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۶ ح ۲.
۴- ۴) التهذیب ج ۹ ص ۳۴۸ ح ۳۳،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۷۱ ب ۱۰ ح ۱.

قال فی المسالک-بعد أن ذکر صحیحه أبی بصیر (۱)المشتمله علی بعث رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم علیا علیه السلام إلی الیمن و لم ینقل سواها-ما صورته:و الأصحاب حکموا بمضمونها و حملوا قوله«و ضمنته نصیبهم»علی النصیب من الولد و الام معا کما لو کان الواطئ واحدا منهم ابتداء،فإنه یلحق به و یغرم نصیبهم منهما کذلک،لکن یشکل الحکم بضمانه لهم نصیب الولد لادعاء کل منهم أنه ولده و أنه لا یلحق بغیره،و لازم ذلک أنه لا قیمه له علی غیره من الشرکاء،و هذا بخلاف ما لو کان الواطئ واحدا،فإن الولد محکوم بلحوقه به،و لما کان من نماء الأمه المشترکه جمع بین الحقین بإغرامه قیمه الولد لهم و إلحاقه به،بخلاف ما هنا، و الروایه لیست صریحه فی ذلک،لأن قوله«و ضمنته نصیبهم»یجوز إراده النصیب من الأم،لأنه هو النصیب الواضح لهم باتفاق الجمیع بخلاف الولد، و یمکن أن یکون الوجه فی إغرامه نصیبهم من الولد،أن ذلک ثابت علیه بزعمه أنه ولده،و دعواهم لم یثبت شرعا،فیؤاخذ المدعی بإقراره بالنسبه إلی حقهم، و النصیب فی الروایه یمکن شموله لهما معا من حیث إن الولد نماء أمتهم،فلکل منهم فیه نصیب سواء الحق به أم لا،و لهذا یغرم من لحق به نصیب الباقین فی موضع الوفاق،و علی کل حال فالعمل بما ذکره الأصحاب متعین و لا یسمع الشک فیه مع ورود النص به ظاهرا و إن احتمل غیره،انتهی.

أقول:لا یخفی أن الروایه المذکوره و إن أوهمت ما ذکره من حیث عدم الصراحه فی کون ما یغرمه نصیبهم من الولد،إلا أن

صحیحه معاویه بن عمار صریحه فی ذلک لقوله

«فمن قرع کان الولد ولده،و ترد قیمه الولد علی صاحب الجاریه».

و حاصله:أن من غلب بالقرعه و خرج اسمه یجب علیه إعطاء شریکه فی الجاریه حصته من قیمه الولد،فقوله«قیمه الولد»أی حصته من قیمه الولد،

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۰ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۸ ص ۱۸۸ ح ۶.

و هو أيضا ظاهر صحيحه سليمان بن خالد و إن عبر عن القيمه بالديه،فإنه بعد أن حكم بأن الولد لمن قرع أوجب عليه ثلثى القيمه أى قيمه الولد،لأن الشركاء ثلاثه كما هو مذكور فى صدر الخبر.

و بالجمله فإن ظاهر هذه الروايات المشتمله على القيمه إنما أريد بها قيمه الولد،لأن سياقها إنما هو فى حكم الأولاد لا قيمه الجاريه،و إن كان ذلك أيضا واجبا عليه إلا أنه لم يتعرض له فى هذه الأخبار،و إنما يستفاد من أخبار كما تقدم فى كتاب البيع،و على هذا فيمكن أن يقال-فى دفع ما ذكره من الاستشكال- أنه لما دلت الأخبار بعد إلحاق الولد به بالقرعه و صيرورته هو الأب الحقيقى بذلك صار فى حكم ما لو كان الواطئ لها واحدا من الشركاء خاصه،و يترتب عليه هنا ما ذكر فى تلك المسأله،و دعوى كل من الشركاء-أنه ولده بزعمه بعد خروج القرعه لواحد معين-فى حكم العدم،فإن القرعه قد عينت الأب الحقيقى.

و قال فى كتاب الفقه الرضوى (1)

و لو أن رجلين اشتريا جاريه و واقعاها جميعا فأتت بولد لكان الحكم فيه أن يقرع بينهما،فمن أصابت القرعه الحق به الولد،و يغرم نصف قيمه الجاريه لصاحبه،و على كل واحد منهما نصف الحد.

انتهى،و هذا الخبر قد تضمن قيمه الجاريه خاصه.

الرابع:أنه لو وطأها المولى و وطأها أجنبى بالزنا فولدت

فإنه لا خلاف فى إلحاقه بالمولى،لأخبار الفراش المتظافره

و صحيحه سعيد الأعرج (2)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجلين وقعا على جاريه فى طهر واحد،لمن تكون الولد؟قال:

للذى تكون عنده لقول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:الولد للفراش و للعاهر الحجر».

و موثقه

1- 1) فقه الرضا ص 262،مستدرك الوسائل ج 3 ص 200 ب 11 ح 4.

2- 2) الكافى ج 5 ص 491 ح 3،التهذيب ج 8 ص 169 ح 13 و فيه«عنده الجاريه»، الوسائل ج 14 ص 568 ح 4.

سماعه (۱)قال: «سألته عن رجل له جاریه فوثب علیها ابن له ففجر بها،قال:قد کان رجل عنده جاریه و له زوجه فأمرت ولدها أن یثب علی جاریه أبیه ففجر بها،فسأل أبو عبد الله علیه السلام عن ذلک فقال:لا یحرم ذلک علی أبیه،إلا أنه لا ینبغی له أن یأتیها حتی یستبرئها للولد،فإن وقع فیما بینهما ولد فالولد للأب إذا کانا جامعاها فی یوم واحد و شهر واحد».

و إنما الاشکال و الخلاف فیما لو حصل فی الولد أماره تغلب علی الظن أن الولد لیس من المولی،قال الشیخ فی النهایه:إذا حصل فی الولد أماره یغلب معها الظن أنه لیس من المولی لم یجز له إلحاقه به و لا نفیه عنه،و ینبغی أن یوصی له بشیء و لا یورثه میراث الأولاد،و تبعه علی ذلک جمله من الأصحاب منهم المحقق فی النافع،و فی الشرائع نسبه إلی قیل،و تردد فیه،و الظاهر أنه المشهور.

و یدل علیه من الأخبار ما رواه

فی الکافی (۲)عن محمد بن عجلان قال:

«إن رجلا من الأنصار أتی أبا جعفر علیه السلام فقال له:إنی قد ابتلیت بأمر عظیم،إنی وقعت علی جاریتی ثم خرجت فی بعض حوائجی فانصرفت من الطریق،فأصبت غلامی بین رجلی الجاریه فاعتزلتها فحبلت ثم وضعت جاریه لعده تسعه أشهر، فقال له أبو جعفر علیه السلام:احبس الجاریه لا تبعها و أنفق علیها حتی تموت أو یجعل الله لها مخرجا،فإن حدث بک حدث فأوص بأن ینفق علیها من مالک حتی یجعل الله لها مخرجا»الحدیث.

و رواه

الکلینی و الشیخ فی التهذیب (۳)فی الصحیح عن عبد الله بن سنان عن

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۹ ح ۵۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۴ ح ۳.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۸۸ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۱۸۰ ح ۵۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۳ ح ۲.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۸۸ ح ۱،الفقیه ج ۴ ص ۲۳۰ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۷۹ ح ۵۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۳ ح ۱.

أبی عبـد الله علیه السـلام قـال: «إن رجلاـ من الأنصـار أتی أبی-الحـدیث. کمـا تقـدم إلی قوله-حتی یجعل الله لها مخرجا»و فیه أیضا«فقال له أبی علیه السلام:لا ینبغی لک أن تقربها و لا تنفیها»عوض قوله«فقال له أبو جعفر علیه السلام»إلخ.

و ما رواه

فی الفقیه و التهذیب (۱)عن حریز عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجـل کـان یطـأ جـاریه له و أنه کـان یبعثها فی حوائجه و أنها حبلت و أنه بلغه عنها فساد، فقال أبو عبـد الله علیه السـلام:إذا ولدت أمسک الولد و لا یبیعه و یجعل له نصیبا فی داره،قال:

فقیـل له:رجل یطأ جاریه له و أنه لم یکن یبعثها فی حوائجه و أنه اتهمها و حبلت،فقال:إذا هی ولـدت أمسک الولـد و لا یبیعه و یجعل له نصیبا من داره و ماله، و لیس هذه مثل تلک».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه (۲)عن عبد الحمید بن إسماعیل قال:

«سـألت أبـا عبـد الله علیه السـلام عن رجل کانت له جاریه یطؤها و هی تخرج فی حوائجه فحبلت فخشـی أن لا یکون منه،کیف یصنع؟أ یبیع الجاریه و الولد؟قال:یبیع الجاریه و لا یبیع الولد و لا یورثه من میراثه شیئا».

و أنت خبیر بأنه لیس فی شـیء من هذه الأخبار علی تعددها دلاله علی ما ذکره الشیخ من اشتراط حصول أماره یغلب معها الظن بـأنه لیس من المولی فی ترتب مـا ذکره من الأحکـام التی جعلهـا حاله وسـطی بین الولـد و الأجنبی،و غایه ما تـدل علیه الأخبار المـذکوره هو حصول الزنا منها مع وطء المولی لها أو التهمه لها بالزنا،و أن هذه الأحکام مترتبه علی ذلک،و فیه ما لا یخفی من الاشکال لما عرفت من الأخبار المتقدمه و أخبار القاعده المشهوره من أن

«الولد للفراش

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۸۹ ح ۲،الفقیه ج ۴ ص ۲۳۱ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۱۸۲ ح ۵۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۵ ح ۳.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۸۹ ح ۳،الفقیه ج ۳ ص ۲۳۰ ح ۲ مع اختلاف یسیر،التهذیب ج ۸ ص ۱۸۰ ح ۵۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۵ ح ۴.

و للعاهر الحجر» (۱). و محل البحث أحد أفراد القاعده و مقتضى جميع ذلک حریه الولد و إلحاقه بالأب.

قال فی المسالک:القول المذکور للشیخ و أتباعه و أکثر الأصحاب استنادا إلى روایات کثیره داله بظاهرها على ذلک لکنها مختلفه الدلاله و الاسناد،و الواضح السند منها لیس بصریح فی المطلوب،و الدال علیه الآخر ضعیف السند،و لکثرتها أعرضنا عن نقلها مضافا إلى مخالفتها للقواعد الشرعیه،و الأخبار الصحیحه المتفق علیها (۲)من أن«الولد للفراش و للعاهر الحجر»و أنه لا عبره فی الولد بمشابهه الأب أو غیره،و لأن الولد المذکور إن کان لاحقا به فهو حر وارث،و إلا فهو رق،فجعله طبقه ثالثا و قسما آخر لیس بجید،و مقتضى النصوص أن الولد یملک الوصیه و لا یملکه المولى و لا الوارث،و هی من خواص الحر،لکن عدم إلحاقه به ینافی ذلک،فالأقوى الاعراض عن مثل هذه الروایات،و الأخذ بالمجمع علیه من أن الولد للفراش حیث تجتمع شرائط إلحاقه به،انتهى.

أقول:و من أخبار المسأله ما رواه

فی التهذیب (۳)عن جعفر بن محمد بن إسماعیل ابن الخطاب

«أنه کتب إلیه یسأله عن ابن عم له کانت له جاریه تخدمه و کان یطؤها،فدخل یوما إلى منزله فأصاب معها رجلا تحدثه فاستراب بها فهدد الجاریه فأقرت أن الرجل فجر بها ثم إنها حبلت فأتت بولد،فکتب علیه السلام:إن کان الولد لک أو فیه مشابهه منک فلا تبعهما فإن ذلک لا یحل لک،و إن کان الابن لیس منک و لا فیه مشابهه منک فبعه و بع أمه».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۹۱ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۱۶۹ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۸ ح ۴.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۶۹ ح ۱۲ و ۱۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۸ ب ۵۸ ح ۳ و ۴.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۸۰ ح ۵۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۴ ح ۴.

و عن يعقوب بن يزيد (۱)فی الصحیح قال:

«کتبت إلی أبی الحسن علیه السلام فی هذا العصر رجل وقع علی جاریته،ثم شک فی ولده،فکتب علیه السلام:إن کان فیه مشابهه منه فهو ولده».

و أنت خبیر بما علیه أخبار هذه المسأله من الاختلاف و الاضطراب بما لا یقبل الإصلاح و یزیل الارتیاب،فجمله منها و هو أکثرها علی الإلحاق بصاحب الفراش مع العلم بالزنا فضلا عن التهمه به،أعم من أن یظهر فی الولد مشابهته له أم المشابهه للزانی أم لا،و جمله وافره ظاهره فی أنه مع التهمه فضلا عن وقوع الزنا بالفعل یجعل للولد تلک الحاله الوسطی کما هو صریح أکثر هذه الأخبار الأخیره، و نحوها مفهوم الأخبار المتقدمه فی صدر المسأله کما أشرنا إلیه ثمه،و هذان الخبران قد تضمنا أنه مع تحقق الزنا یرجع إلی مشابهه الولد لمولی الجاریه و عدمها.

مع أن هنا جمله من الأخبار داله بصریحها علی أنه قد یخرج الولد علی غایه من البعد عن الأب فی اللون و نحوه من الأمور التی جعلوها منشأ للإلحاق به،و أنه ابنه حقیقه،و إن کنا لا نهتدی لأسباب عدم المشابهه و الاختلاف التام بینهما فی الخلق و الخلق مثل ما رواه

فی الکافی (۲)عن عبد الله بن سنان عن بعض أصحابه عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«أتی رجل من الأنصار رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فقال:هذه ابنه عمی و امرأتی لا أعلم إلا خیرا و قد أتتنی بولد شدید السواد منتشر المنخرین جعد قطط،أفطس الأنف،لا أعرف شبهه فی أخوالی و لا فی أجدادی،فقال لامرأته:

ما تقولین؟قالت:لا و الذی بعثک بالحق نبیا ما أقعدت مقعده منی منذ ملکنی أحدا غیره،قال:فنکس رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم برأسه ملیا ثم رفع بصره إلی السماء ثم أقبل علی الرجل فقال:یا هذا إنه لیس من أحد إلا بینه و بین آدم تسعه و تسعون عرقا کلها تضرب فی النسب،فإذا وقعت النطفه فی الرحم اضطربت تلک العروق

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۸۱ ح ۵۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۴ ح ۴.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۵۶۱ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۱۸ ح ۱.

تسأل الله لشبه لها،فهذا من تلك العروق التی لم يدركها أجدادک و لا أجداد أجدادک،خذ إليک ابنک،فقالت المرأه:فرجت عنی يا رسول الله».

و ما رواه

فی الكافی (۱)عن ابن مسكان عن بعض أصحابنا عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«إن رجلا أتی بامرأته إلی عمر فقال:إن امرأتی هذه سوداء و أنا أسود، و إنها ولدت غلاما أبيض،فقال لمن بحضرته:ما ترون؟فقالوا:نری أن ترجمها، فإنها سوداء و زوجها أسود و ولدها أبيض،قال:فجاء أمير المؤمنين عليه السلام و قد وجه بها لترجم فقال:ما حالكما؟فحدثاه،فقال للأسود:أ تتهم امرأتک؟ فقال:لا،قال:فأتيتها و هی طامث؟قال:قد قالت لی فی ليله من الليالی:إنی طامث،فظننت أنها تتقی البرد فوقعت عليها،فقال للمرأه:هل أتاک و أنت طامث؟ قالت:نعم سله قد حرجت عليه و أبيت،قال:فانطلقا فإنه ابنكما و إنما غلب الدم النطفه فابيض،و لو قد تحرک اسود فلما أيفع اسود». (۲).

و روی الصدوق فی الفقيه (۳)مرسلا قال:

«قال النبی صلی الله عليه و آله:من نعم الله عز و جل علی الرجل أن يشبهه ولده».

قال:

«و قال الصادق عليه السلام:إن الله تبارک و تعالی إذا أراد أن يخلق خلقا جمع كل صوره بينه و بين آدم،ثم خلقه علی صوره إحداهن،فلا يقولن أحد لولده هذا لا يشبهنی و لا يشبه شيئا من آبائی».

أقول:و يمكن تفسير خبر العروق بهذا الخبر،و مقتضی ذينک الخبرين أنه لو كان الحاكم غير المعصومين عليهم السلام هو نفی الولد فی هاتين الصورتين عن أبيه عملا بما دلا عليه،و هذان الخبران كما تری علی خلافهما،فكيف يصح أن يجعل ما اشتمل عليه قاعده شرعيه،و الحال كما عرفت.

ص: ۳۲

۱- ۱) الكافی ج ۵ ص ۵۶۶ ح ۴۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۱۹ ح ۲.

۲- ۲) أيفع الغلام فهو يافع:إذا شارف الاحتلام و لم يحتلم.

۳- ۳) الفقيه ج ۳ ص ۳۱۲ ح ۲۲ و ۲۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۱۹ ح ۳ و ۴.

و يمكن الجمع بين الأخبار بحمل خبر جعفر بن محمد بن إسماعيل و صحيحه يعقوب بن يزيد على مورديهما،و أنها قضيه فى واقعه فلا تتعدى إلى غيرها.

و كيف كان فالمسأله لا تخلو من شوب الاشكال و إن كان الأقرب هو اللحوق بمن عنده الجاريه،و ظاهر السيد السند فى شرح النافع الميل إلى القول المشهور لصحه بعض أخباره حيث قال:و عذر المصنف فى العمل بهذه الروايات واضح لصحه بعضها و اعتضادها بالبعض الآخر و عمل الأصحاب بها،و مع ذلك فالمسأله بمحل تردد،انتهى.

و فيه أن هذه الروايات(۱)سيما ما اشتمل عليه أكثرها من التهمه لا يبلغ قوه المعارضه لما دلت عليه تلك الأخبار لكثرتها و صراحتها فى اللحوق بصاحب الفراش،و لا يحضرنى الآن مذهب العامه فى هذه المسأله،فينبغى أن يراجع.

المسأله الثالثه:فى وطء الشبهه

،قال فى المسالك:لا خلاف فى أن وطء

الشبهه كالصحيح فی لحوق أحكام النسب،انتهی.

أقول:و قد تقدم الكلام فی تعريفه و بيان الخلاف فی نشر حرمه المصاهره به فی الفصل الثانی فی أسباب التحريم،و أما لحوق ولد الشبهه بالواطئ كما فی النكاح الصحيح فيدل عليه مضافا إلی الإجماع المذكور جمله من الأخبار.

و منها

صحيحه جميل بن دراج (۱)

«فی المرأه تزوج فی عدتها:قال:يفرق بينهما و تعتد عده واحده منهما،فإن جاءت بولد لسته أشهر أو أكثر فهو للأخير،و إن جاءت بولد فی أقل من سته أشهر فهو للأول»هكذا فی الفقيه.

و رواه

الكلينی و الشيخ (۲)فی الضعيف عن جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام

فی المرأه.إلخ.

و ما رواه

فی الكافی (۳)عن زراره فی الموثق قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام -إلی أن قال:-قلت:فإن تزوج امرأه ثم تزوج أمها و هو لا يعلم أنها أمها؟ قال:قد وضع الله عنه بجهاله لذلك،ثم قال:إذا علم أنها أمها فلا يقربها،و لا يقرب البنت حتی تنقضی عده الام منه،فإذا انقضت عده الام حل له نكاح البنت،قلت:

فإن جاءت الام بولد؟قال:هو ولده و أخو امرأته».

و قد تقدم الكلام (۴)فی أنه لو وطأ أمه الغير بشبهه فولدت الحق الولد بالحر و عليه فكه بالقيمه لمولی الجاريه علی خلاف فی ذلك.

و من أفراد نكاح الشبهه ما لو تزوج امرأه بظن أنها لا زوج لها بموت أو

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۳۰۱ ح ۲۴ مع اختلاف يسير.

۲- ۲) لم نعثر عليه فی الكافی،التهذيب ج ۷ ص ۳۰۹ ح ۴۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۱۷ ح ۱۳.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۳۱ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۶۸ ب ۲۶ ح ۱ و فیه اختلاف یسیر.

۴- ۴) تقدم ذلک فی المسأله الرابعه من المطلب الأول من الفصل الرابع فی أحکام الإماء. (منه-قدس سره-).

طلاق،فظهر أنه لم يمت أو لم يطلق فإنها ترد على الأول بعد الاعتداد من الثانى،و ما أتت من الأولاد بعد تزويج الثانى يلحق بالثانى بالشرائط المتقدمه، هذا إذا كان التزويج بحكم الحاكم أو شهاده الشاهدين،لأن وطء الثانى يكون شبهه مسوغه للوطء و موجبه لإلحاق الولد،و ثبوت الاعتداد بعد ظهور الفساد، و أما لو كان التزويج وقع بالعمل بخبر من لا يثبت به الحكم شرعا كالواحد فإن كان لظن جواز التعويل عليه شرعا جهلا منهما بالحكم الشرعى فإنه شبهه أيضا، و إلا كان ذلك زنا فلا مهر و لا يلحق الولد بالواطئ و لا عده عليها منه إلا على القول بوجوبها فى الزنا مطلقا،و الظاهر أنه لا خلاف فى هذه الأحكام،و عليها يدل أيضا جمله من الأخبار.

و منها ما رواه

المشايخ الثلاثه (۱)عن زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«إذا نعى الرجل إلى أهله أو خبروها أنه طلقها فاعتدت ثم تزوجت فجاء زوجها الأول بعد فإن الأول أحق بها من هذا الآخر دخل بها الأول أو لم يدخل،و لها من الأخير المهر بما استحل من فرجها».

و زاد فى الكافى و التهذيب«و ليس للآخر أن يتزوجها أبدا». و روى هذا المضمون بعده طرق فى كتب الأخبار المشهوره،و قد تقدم الكلام فى هذه المسأله مستوفى فى الفصل الثانى.

المقام الثانى:فى سنن الولاده و ما يستحب فعله بالمولود.

اشاره

قالوا:و الواجب استبداد النساء بالمرأه عند الولاده دون الرجال إلا مع عدم النساء،و أما الزوج فلا بأس به و إن وجد النساء،و علل وجوب استبداد النساء بها بأن مثل ذلك يوجب سماع صوتها غالبا و الاطلاع على ما يحرم عليهم.

و فيه ما تقدم فى غير موضع من عدم ثبوت تحريم سماع صوت الأجنبيه

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۴۹ ح ۱،الفقيه ج ۳ ص ۳۵۵ ح ۳،التهذيب ج ۷ ص ۴۸۸ ح ۱۶۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۴۲ ب ۱۶ ح ۶ و ج ۱۵ ص ۴۶۶ ب ۳۷ ح ۱.

بل قیام الدلیل علی جوازه،نعم التعلیل الثانی لا بأس به إن لزم ذلک،و الظاهر.

جواز ذلک للرجال المحارم إلا أن یستلزم المباشره لما لا یجوز لهم المباشره و نظر ما لا یجوز نظره،و مع الضروره لتعذر النساء بالکلیه یسقط البحث لأن الضرورات تبیح المحظورات کما یستفاد من جمله من الروایات،و کما صرحوا به من إباحه ذلک للطبیب فی وقت الحاجه و لو إلی العوره،و هذا الوجوب فی جمیع المراتب کفائی یجب علی کل من بلغه حالها من النساء إلی أن یحصل من یقوم به فیسقط عن الباقین،و هکذا فی الرجال حیث تلجئ الضروره إلیهم.

و أما السنن التی أشرنا إلیها(فمنها)

إخراج من فی البیت من النساء وقت الولاده

،و هو حکم غریب لم أقف فی کلام الأصحاب،و قد رواه

فی الکافی و الفقیه (۱)عن جابر عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«کان علی بن الحسین علیه السلام إذا حضرت ولاده المرأه قال:أخرجوا من فی البیت من النساء لا یکون أول ناظر إلی عوره».

قال فی الوافی (۲):یعنی لا یکون أول من ینظر إلیه امرأه و یقع نظرها إلی عورته منه،فإنهن ینظرن أولا إلی عورته لیعلم أنه ذکر أو أنثی،بل ینبغی أن یقع علیه أولا نظر رجل و أن ینظر منه إلی غیر عوره.

(و منها)

الأذان فی اذن المولود الیمنی و الإقامه فی الیسری

،

روی فی الکافی (۳)عن أبی یحیی الرازی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا ولد لکم المولود أی شیء تصنعون به؟قلت:لا أدری ما نصنع به،قال:فخذ عدسه من جاوشیر فذیفه بماء ثم قطر فی أنفه فی المنخر الأیمن قطرتین و فی الأیسر قطره واحده،و أذن فی اذنه

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۷ ح ۱،الفقیه ج ۳ ص ۳۶۵ ح ۲۸ و فیه«لا تکون المرأه أول ناظر الی عورته»،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۶ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۱۹ ب ۱۸ ح ۱.

۲- ۲) الوافی ج ۳ ص ۲۰۰ ب ۲۱۱ من أبواب النکاح.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۲۳ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۶ ح ۲ و فیهما«فدفه»، الوسائل ج ۱۵ ص ۱۳۷ ب ۳۵ ح ۲.

الیمنی و أقم فی الیسری تفعل به ذلک قبل قطع سرته،فإنه لا یصرع أبدا و لا تصیبه أم الصبیان». قوله«فخذ عدسه»أی مقدار عدسه.

و عن حفص الکناسی (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«مروا القابله أو بعض من یلیه أن تقیم الصلاه فی اذنه الیمنی».

و عن السکونی (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم:من ولد له مولود فلیؤذن فی اذنه الیمنی بأذان الصلاه و لیقم فی الیسری فإنه عصمه من الشیطان الرجیم».

و روی فی الفقیه (۳)مرسلا قال:

«قال الصادق علیه السلام:المولود إذا ولد یؤذن فی اذنه الیمنی و یقام فی الیسری». و الظاهر حمل روایه حفص علی الرخصه.

(و منها)

تحنیکه بماء الفرات و تربه الحسین علیه السلام

قالوا:فإن لم یوجد ماء الفرات فبماء قراح،و لو لم یوجد إلا ماء ملح جعل فیه شیء من التمر أو العسل.

و الذی وقفت علیه من الأخبار هنا ما رواه

فی الکافی (۴)عن یونس عن بعض أصحابه عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«یحنک المولود بماء الفرات و یقام فی اذنه».

قال:و فی روایه أخری (۵)

«حنکوا أولادکم بماء الفرات و تربه الحسین علیه السلام و إن لم یکن فبماء السماء».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۲۳ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۳۷ ب ۳۵ ح ۳.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۲۴ ح ۶،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۷ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۳۶ ب ۳۵ ح ۱.
۳- ۳) الفقیه ج ۱ ص ۱۹۵ ح ۴۹،الوسائل ج ۴ ص ۶۷۲ ح ۲.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۲۴ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۶ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۳۸ ح ۲.

۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۲۴ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۶ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۳۸ ح ۳.

و عن أبی بصیر (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال أمیر المؤمنین علیه السلام:حنکوا أولادکم بالتمر،هکذا فعل النبی صلی الله علیه و آله و سلم بالحسن و الحسین علیهما السلام».

و روی فی کتاب عیون أخبار الرضا (۲)بسنده فیه عن أم الرضا علیه السلام

«تقول فی حدیث:لما وضعت ابنی علیا دخل علی أبوه موسی بن جعفر علیه السلام فناولته إیاه فی خرقه بیضاء فأذن فی اذنه الیمنی و أقام فی الیسری و دعا بماء الفرات فحنکه به ثم رده إلی فقال:خذیه فإنه بقیه الله فی أرضه».

و فی کتاب الفقه الرضوی (۳)کما سیأتی نقل کلامه التحنیک بالعسل و هو مستند الأصحاب فیما قدمنا نقله عنهم.لکن الظاهر أنهم أخذوا ذلک من کلام الصدوقین اللذین من عادتهما الإفتاء بعبارات هذا الکتاب کما عرفته.

و روی فی الفقیه (۴)عن الرضا علیه السلام عن آبائه عن علی بن الحسین علیهم السلام عن أسماء بنت عمیس عن فاطمه علیها السلام

«قالت:لما حملت بالحسین علیه السلام و ولدته جاء النبی صلی الله علیه و آله و سلم فقال:یا أسماء هلمی ابنی،فدفعته إلیه فی خرقه صفراء فرمی بها النبی صلی الله علیه و آله و سلم و أذن فی اذنه الیمنی و أقام فی اذنه الیسری».

أقول:التحنیک إدخال ذلک إلی حنکه و هو أعلی داخل الفم،و أنت خبیر بأن أکثر الأخبار اشتمل علی استحباب الأذان فی الاذن الیمنی و الإقامه فی الاذن الیسری و بعضها اشتمل علی الإقامه فی الاذن الیمنی خاصه،و الظاهر أنه محمول علی الرخصه،و إن کان الأفضل الأول.

ثم إن المستفاد من هذه الأخبار هو استحباب التحنیک بماء الفرات،و هو

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۲۴ ح ۵،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۶ ح ۵ و فیه«أبی بصیر قال: قال أمیر المؤمنین»،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۳۷ ح ۱.

۲- ۲) عیون أخبار الرضا ج ۱ ص ۱۶ ح ۲ ط النجف الأشرف،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۳۸ ح ۴.

۳- ۳) فقه الرضا ص ۲۳۹.

۴- ۴) عیون أخبار الرضا ج ۲ ص ۲۴ ح ۵ ط النجف الأشرف،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۳۸ ح ۵.

النهر المشهور،و مع عدمه فبماء المطر،و الأصحاب ذكروا أنه مع عدمه فبماء عذب،و مع تعذره بأن كان مالحا يوضع فيه التمر أو العسل،و لم أقف فيه على نص،و الذى يقتضيه الجمع بين هذه الأخبار أنه يحنك بماء الفرات و إلا فبماء المطر يوضع فيه شىء من التربه و شىء من حلاوه التمر أو العسل فيحصل العمل بالجميع.

(و منها)

غسل المولود

،و قد تقدم الكلام فيه فى كتاب الطهاره (۱).

(و منها)

أن يسميه بأحد الأسماء المستحسنه

و أفضلها ما يتضمن العبوديه لله و يليها فى الفضل أسماء الأنبياء و الأئمه،كذا ذكره جمله من الأصحاب،منهم المحقق و العلامه.

أقول:ما ذكره من الأفضل ما تضمن العبوديه لله و يليها فى الفضل أسماء الأنبياء و الأئمه عليهم السلام لم نقف عليه فيما وصل إلينا من نصوص المسأله.

و منها ما رواه

فى الكافى (۲)عن ثعلبه بن ميمون عن رجل قد سماه عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«أصدق الأسماء ما سمى بالعبوديه و أفضلها أسماء الأنبياء».

و عن موسى بن بكر (۳)عن أبى الحسن الأول عليه السلام قال:

«أول ما يبر الرجل ولده أن يسميه باسم حسن،فليحسن أحدكم اسم ولده».

و عن عبد الله بن الحسين (۴)بن زيد بن على بن الحسين عن أبيه عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:استحسنوا أسماءكم فإنكم تدعون بها يوم القيامه، قم يا فلان بن فلان إلى نورك،قم يا فلان بن فلان لا نور لك».

۱- ۱) ج ۴ ص ۱۸۹.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۸ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۸ ح ۱۱ مع زیاده،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۲۴ ح ۱.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۸ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۷ ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۲۲ ب ۲۲ ح ۱.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۹ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۲۲ ب ۲۲ ح ۲.

و عن أحمد (۱)عن بعض أصحابنا عمن ذكره عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا یولد لنا ولد إلا سمیناه محمدا،فإذا مضی سبعه أیام فإن شئنا غیرنا و إن شئنا ترکنا».

و عن فلان بن حمید (۲)

«أنه سأل أبا عبد الله علیه السلام و شاوره فی اسم ولده،فقال:

سمه بأسماء من العبودیه،فقال:أی الأسماء هو؟فقال:عبد الرحمن».

و عن عاصم الکوزی (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام

«أن النبی صلی الله علیه و آله و سلم قال:من ولد له أربعه أولاد لم یسم أحدهم باسمی فقد جفانی».

و عن سلیمان بن جعفر الجعفری (۴)قال:

«سمعت أبا الحسن علیه السلام یقول:

لا یدخل الفقر بیتا فیه اسم محمد أو أحمد أو علی أو الحسن أو الحسین أو جعفر أو طالب أو عبد الله أو فاطمه من النساء».

و یستفاد من بعض الأخبار استحباب التسمیه قبل الولاده و إلا فبعد الولاده حتی السقط،

فروی فی الکافی (۵)عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام عن أبیه عن جده علیهم السلام قال:

«قال أمیر المؤمنین علیه السلام:سموا أولادکم قبل أن یولدوا،فإن لم تدروا أذکر أم أنثی فسموهم بالأسماء التی تکون للذکر و الأنثی،فإن أسقاطکم إذا لقوکم فی القیامه و لم تسموهم یقول السقط لأبیه ألا سمیتنی و قد سمی رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم محسنا قبل أن یولد».

و روی الحمیری فی کتاب قرب الاسناد (۶)عن السندی بن محمد عن أبی البختری

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۸ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۷ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۲۵ ب ۲۴ ح ۱.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۸ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۲۵ ب ۲۳ ح ۲.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۹ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۲۶ ح ۲.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۹ ح ۸،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۸ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۲۸ ب ۲۶ ح ۱.
۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۱۸ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۲۱ ح ۱.

۶- ۶) قرب الاسناد ص ۷۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۲۲ ب ۲۱ ح ۲.

عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم:سموا أسقاطکم فإن الناس إذا دعوا یوم القیامه بأسمائهم تعلق الأسقاط بآبائهم فیقولون لم لم تسمونا؟فقالوا:

یا رسول الله هذا من عرفنا أنه ذکر سمیناه باسم الذکور و من عرفناه أنها أنثی سمیناها باسم الإناث،أ رأیت من لم یستبن خلقه کیف نسمیه؟قال:بالأسماء المشترکه مثل زائده و طلحه و عنبسه و حمزه.

أقول:الظاهر أن المراد منه ما اقتران بتاء التأنیث من أسماء الرجال فإنه صالح لکل منهما،و المستفاد من أکثر الأخبار کما سیأتی إن شاء الله تعالی فی أخبار سنن الیوم السابع اختصاص استحباب التسمیه بالیوم السابع،و أکثر ما ذکرنا من الأخبار هنا مطلق لا منافاه فیه.

و إنما الإشکال فی الخبرین الأخیرین،و الظاهر عندی فی الجمع بین هذه الأخبار هو حمل استحباب التسمیه قبل الولاده علی التسمیه بمحمد و أنه یستمر علی هذه التسمیه إلی الیوم السابع،فإن شاء استمر و إن شاء غیر کما دل علیه الخبر المرسل المتقدم.

و أما السقط فإنه بعد ولادته سقطا یسمیه بعد الولاده للعله المذکوره فی الخبر،و یکون هذا مستثنی من أخبار المسأله،ثم فی الیوم السابع یستحب له التسمیه بما شاء کما دلت علیه تلک الأخبار إن أراد التغییر عن اسم محمد الذی قلنا أنه یستحب تسمیته به قبل الولاده.

(و منها)

تکنیته

،إلا أن منها ما یستحب و منها ما یکره،و الکنیه-بضم الکاف- من الأعلام ما صدر بأب أو أم،و من الأخبار الداله علی ذلک ما رواه

فی الکافی (۱)عن معمر بن خثیم عن أبی جعفر علیه السلام فی حدیث قال فیه:قال:

«إنا لنکنی أولادنا فی صغرهم مخالفه النبز أن یلحق بهم».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۹ ح ۱۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۸ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۲۹ ب ۲۷ ح ۱.

أقول:فیه إشاره إلی قوله تعالی «وَ لاٰ تَنٰابَزُوا بِالْأَلْقٰابِ» (۱)و المراد بالنبز اللقب السوء.

و روی فی الکافی (۲)عن السکونی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«من السنه و البر أن یکنی الرجل باسم ابنه».

و عن السکونی (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام

«أن النبی صلی الله علیه و آله و سلم نهی عن أربع کنی عن أبی عیسی و عن أبی الحکم و عن أبی مالک و عن أبی القاسم إذا کان الاسم محمدا».

و عن زراره (۴)قال:

«سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول:إن رجلا کان یعشی علی ابن الحسین علیه السلام کان یکنی أبا مره،و کان إذا استأذن علیه یقول:أبو مره بالباب، فقال له علی بن الحسین علیهما السلام:یا هذا إذا جئت بابنا فلا تقولن أبو مره.

(و منها)

أن لا یسمی ببعض الأسماء

کما رواه

فی الکافی (۵)عن حماد بن عثمان عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال:إن رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم دعا بصحیفه حین حضره الموت یرید أن ینهی عن أسماء یسمی بها فقبض و لم یسمها،منها:الحکم و حکیم و خالد و مالک و ذکر أنها سته أو سبعه مما لا یجوز أن یسمی بها».

و عن محمد بن مسلم (۶)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«إن أبغض الأسماء إلی الله حارث و مالک و خالد».

۱- ۱) سوره الحجرات-آیه ۱۱.

۲- ۲) الکافی ج ۲ ص ۱۶۲ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۲۹ ب ۲۷ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۲۱ ح ۱۵،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۹ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۳۱ ب ۲۹ ح ۲.

۴- ۴) الكافى ج ۶ ص ۲۱ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۳۱ ب ۲۹ ح ۱.

۵- ۵) الكافى ج ۶ ص ۲۰ ح ۱۴،التهذيب ج ۷ ص ۴۳۹ ح ۱۵ و فيه«حماد عن الحلبى» الوسائل ج ۱۵ ص ۱۳۰ ح ۱.

۶- ۶) الكافى ج ۶ ص ۲۱ ح ۱۶،التهذيب ج ۷ ص ۴۳۹ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۳۰ ح ۲.

و عن صفوان (۱)رفعه عن أبی جعفر و أبی عبد الله علیهما السلام قال:

«هذا محمد قد أذن لهم فی التسمیه به،فمن أذن لهم فی«یاسین»یعنی التسمیه به،و هو اسم النبی صلی الله علیه و آله و سلم».

و روی الصدوق فی الخصال (۲)عن جابر عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم:ألا إن خیر الأسماء عبد الله و عبد الرحمن و حارثه و همام،و شر الأسماء ضرار و مره و حرب و ظالم». قال فی المسالک (۳)-بعد أن ذکر المصنف أن من جمله الأسماء المنهی عن التسمیه به ضرارا-ما صورته:و لیس فی الأخبار تصریح بالنهی عن ضرار بخصوصه،و لکنه من الأسماء المنکره،و هو غفله منه عن الاطلاع علی هذا الخبر حیث إنه لیس فی الکتب الأربعه.

و روی الکشی فی کتاب الرجال (۴)عن علی بن عنبسه قال:

«قال أبو عبد الله لعبد الله بن أعین:کیف سمیت ابنک ضریسا؟قال:کیف سماک أبوک جعفرا؟قال:

إن جعفرا نهر فی الجنه،و ضریس اسم شیطان».

(و منها)

سنن الیوم السابع من ولادته

،و هی ما رواه

فی الکافی (۵)عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی المولود قال:یسمی فی الیوم السابع و یعق عنه و یحلق رأسه و یتصدق بوزن شعره فضه،و یبعث إلی القابله بالرجل مع الورک و یطعم منه و یتصدق».

و عن أبی بصیر (۶)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا ولد لک غلام أو جاریه فعق

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۲۰ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۳۰ ح ۳.

۲- ۲) الخصال ص ۲۵۰ ح ۱۱۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۳۱ ح ۵.

۳- ۳) مسالك الافهام ج ۱ ص ۵۷۸.

۴- ۴) الكشى ص ۱۱۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۳۱ ح ۶.

۵- ۵) الكافى ج ۶ ص ۲۹ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۹ ح ۱.

۶- ۶) الكافى ج ۶ ص ۲۸ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۱ ح ۷.

عنه یوم السابع شاه أو جزورا و کل منهما و أطعم و سم و احلق رأسه یوم السابع و تصدق بوزن شعره ذهبا أو فضه و أعط القابله طائقا من ذلک،فأی ذلک فعلت فقد أجزأک».

أقول:الظاهر أن المراد بقوله«أی ذلک»بالنسبه إلی ما خیر فیه من الشاه أو الجزور و الفضه أو الذهب.

و عن أبی الصباح الکنانی (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الصبی المولود متی یذبح عنه و یحلق رأسه و یتصدق بوزن شعره و یسمی؟قال:کل ذلک فی یوم السابع».

و عن عمار بن موسی (۲)فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن العقیقه عن المولود و کیف هی؟قال:إذا أتی للمولود سبعه أیام سمی بالاسم الذی سماه الله،ثم یحلق رأسه و یتصدق بوزن شعره ذهبا أو فضه،و یذبح عنه کبش،و إن لم یوجد کبش أجزأه ما یجزی فی الأضحیه،و إلا فحمل أعظم ما یکون من حملان السنه،و یعطی القابله ربعها،و إن لم تکن قابله فلأمه،تعطیها من شاءت و تطعم منه عشره من المسلمین،فإن زادوا فهو أفضل و تأکل منه،و العقیقه لازمه إن کان غنیا أو فقیرا إذا أیسر فعل،و إن لم یعق عنه حتی ضحی عنه فقد أجزأته الأضحیه،و قال:إن کانت القابله یهودیه لا تأکل من ذبیحه المسلمین أعطیت قیمه ربع الکبش». .و فی الفقیه«فإن زاد فهو أفضل»و لیس فیه«و تأکل منه»و فی نسخ التهذیب«و لا تأکل منه».

و قال فی کتاب الفقیه الرضوی (۳)

«فإذا ولد فأذن فی اذنه الأیمن و أقم

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۲۸ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۰ ح ۳.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۲۸ ح ۹،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۳ ح ۳۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۰ ح ۴.

۳- ۳) فقه الرضا ص ۲۳۹ مع اختلاف یسیر.

فی اذنه الأیسر و حنکه بماء الفرات إن قدرت علیه أو بالعسل ساعه یولد،و سمه بأحسن الاسم،و کنه بأحسن الکنی،و لا یکنی بأبی عیسی و لا بأبی الحکم و لا بأبی الحارث و لا بأبی القاسم إذا کان الاسم محمدا،و سمه الیوم السابع،و اختنه، و اثقب اذنه و احلق رأسه،و زن شعره بعد ما تحلقه بفضه أو بالذهب و تصدق بها و عق عنه کل ذلک یوم السابع». ثم ذکر أحکام العقیقه کما سننقله کملا فی موضعه إن شاء الله تعالی.

و ظاهر بعض الأخبار أنه لو لم یحلق فی الیوم السابع سقط الاستحباب،

رواه الکلینی (۱)فی الصحیح عن علی بن جعفر عن أخیه موسی علیه السلام قال:

«سألته عن مولود یحلق رأسه بعد یوم السابع،فقال:إذا مضی سبعه أیام فلیس علیه حلق».

(و منها)

حلق الرأس کملا

فلا یترک له قنازع فإنه مکروه کما تکاثرت به الأخبار،

فروی فی الکافی (۲)عن السکونی عن أبی عبد الله علیه السلام:قال:

«قال أمیر المؤمنین علیه السلام:لا تحلقوا الصبیان القزع،و القزع أن یحلق موضعا و یدع موضعا».

قال فی الوافی (۳):و فی بعض النسخ«لا تخلفوا الصبیان»-بالخاء المعجمه و الفاء-و النسخه الأولی تکون علی حذف مضاف،أی لا تحلقوا الصبیان حلق القزع،و القزع-بالتحریک-قطع من السحاب واحدها قزعه سمی حلق بعض رأس الصبی و ترک بعضه فی مواضع متعدده القزع تشبیها بقطع السحاب المتفرقه، و یقال:القنازع أیضا کما فی بعض الأخبار الآتیه إن شاء الله،و واحدتها قنزعه بضم القاف و الزای و فتحهما و کسرهما.

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۳۸ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۶ ح ۵۰ مع اختلاف یسیر، الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۹ ب ۶۰ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۴۰ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۷ ح ۵۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۳ ب ۶۶ ح ۱ مع اختلاف یسیر.

۳- ۳) الوافی ج ۳ ص ۲۰۶ ب ۲۱۸.

و روی فی الکافی (۱)عن السکونی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«اتی النبی صلی الله علیه و آله و سلم بصبی یدعو له و له قنازع فأبی أن یدعو له،و أمر أن یحلق رأسه».

و ربما نافی ما ورد فی الکراهه فی هذین الخبرین ما روی من ثبوت القنازع للحسن و الحسین علیهما السلام کما رواه

فی الکافی (۲)عن الحسین بن خالد قال:

«سألت أبا الحسن الرضا علیه السلام عن التهنئه بالولد متی؟قال:إنه لما ولد الحسن بن علی علیه السلام هبط جبرئیل بالتهنئه علی النبی صلی الله علیه و آله و سلم فی الیوم السابع و أمره أن یسمیه و یکنیه و یحلق رأسه و یعق عنه و یثقب اذنه،و کذلک کان حین ولد الحسین علیه السلام أتاه فی الیوم السابع فأمره بمثل ذلک،قال:و کان لهما ذؤابتان فی القرن الأیسر و کان الثقب فی الاذن الیمنی فی شحمه الاذن،و فی الیسری فی أعلی الأذن، فالقرط فی الیمنی و الشنف فی الیسری»-.

قال فی الکافی (۳):-

«و قد روی أن النبی صلی الله علیه و آله و سلم ترک لهما ذؤابتین فی وسط الرأس و هو أصح من القرن».

و قد ذکر بعض مشایخنا المحققین من متأخری المتأخرین للجمع بین هذا الخبر و ما قبله وجوها لا تخلو من التکلف و البعد،و الأقرب أن یقال فی ذلک إن الأخبار الداله علی الکراهه مخصوصه بما إذا کان ما یترک بغیر حلق فی مواضع متفرقه،لا فی موضع واحد،و یؤیده أن ظاهر کلام أهل اللغه تخصیص اسم القنازع بما إذا کان کذلک،و ما ذکر فی خبر الحسن و الحسین علیهما السلام إنما هو فی موضع واحد.

قال فی النهایه الأثیریه (۴)فی الحدیث أنه نهی عن القنازع و هو أن

ص: ۴۶

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۴۰ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۷ ح ۵۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۴ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۳۳ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۹ ح ۲.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۳۴ ذیل ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۴ ح ۵.
۴- ۴) النهایه لابن الأثیر ج ۴ ص ۱۱۲.

يؤخذ بعض الشعر و يترك منه مواضع متفرقه لا يؤخذ كالقزع.

و قال فى القاموس (۱):و أما نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن القنازع فهو أن يؤخذ الشعر و يترك منه مواضع.

إلا أنه ربما أشكل ذلك بما رواه

فى الكافى (۲)عن القداح عن أبى عبد الله عليه السلام

«أنه كان يكره القزع فى رؤوس الصبيان،و ذكر أنه القزع أن يحلق الرأس إلا قليلا و يترك وسط الرأس يسمى القزعه». و فى بعض النسخ حذف قوله «و يترك»و بذلك يظهر بقاء المسأله فى زاويه الإشكال إلا أن يقال باختصاص ذلك بهما عليهما السلام.

(و منها)

ثقب الاذن

،و استحبابه متفق عليه بين الأصحاب و يدل عليه جمله من الأخبار منها ما تقدم فى حديث الحسن و الحسين عليهما السلام (۳)و ما تقدم من كلامه عليه السلام فى كتاب الفقه (۴)و ما رواه

فى الكافى (۵)عن مسعده بن صدقه عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إن ثقب اذن الغلام من السنه،و ختانه لسبعه أيام من السنه».

و عن عبد الله بن سنان (۶)فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إن ثقب اذن الغلام من السنه و ختان الغلام من السنه».

و ما رواه

الصدوق (۷)عن السكونى قال:

«قال النبى صلى الله عليه و آله و سلم:يا فاطمه اثقبى أذنى الحسن و الحسين عليهما السلام خلافا لليهود». و نقل عن بعض العامه تحريمه لما

۱- ۱) القاموس المحيط ج ۳ ص ۷۵.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۴۰ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۴ ح ۳.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۳۳ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۹ ح ۲.

۴- ۴) فقه الرضا ص ۲۳۹.

۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۳۵ ذیل ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۹ ح ۱.

۶- ۶) الکافی ج ۶ ص ۳۶ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۰ ح ۳ و لیس فیهما«ان».

۷- ۷) الفقیه ج ۳ ص ۳۱۶ ح ۲۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۰ ح ۴.

فیه من تألیم الولد و إنه أذی لم یؤذن فیه.

و فیه أن الاذن قد ظهر من هذه الأخبار،و استمرت علیه سیره الناس فی سائر الأعصار و الأمصار،قال فی المسالک (۱)-بعد الاستدلال بروایه الحسین ابن خالد و نقل کلام هذا البعض من العامه-ما لفظه:فإن صح حدیثنا أو جبرته الشهره فهو الاذن،و إلا فما قال موجه.

و فیه أن صحیحه عبد الله بن سنان قد صرحت به،و لکنه لم یقف علیها، و إلا لذکرها و لم یتعرض لهذا الکلام.

بقی الکلام فی أن ظاهر إطلاق کلام الأصحاب حصول السنه بثقب اذن واحده،و هو ظاهر إطلاق روایه مسعده بن صدقه و صحیحه عبد الله بن سنان و صریح روایتی الحسین بن خالد و السکونی الواردتین فی الحسنین علیهما السلام حصول ذلک فی الأذنین،و الظاهر حمل إطلاق ما عداهما علیهما فیکون السنه فی ثقب الأذنین،و لم أقف علی من تعرض لذلک من الأصحاب.

(و منها)

الختان

اشاره

،و عده الأصحاب من مستحبات الیوم السابع أیضا،و قد تقدم ما یدل علیه.

و یدل علیه أیضا ما رواه

فی الکافی (۲)عن السکونی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« اختنوا أولادکم لسبعه أیام فإنه أطهر و أسرع لنبات اللحم و إن الأرض لتکره بول الأغلف». و نحوه ما تقدم فی حدیث مسعده بن صدقه.

و عن السکونی (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم:طهروا

۱- ۱) مسالک الافهام ج ۱ ص ۵۷۸.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۳۴ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۴ ح ۴۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۱ ج ۵ و ما فی المصادر«عن مسعده بن صدقه»و هناک روایه عن السکونی قریبه منها بالمعنی نقلها:الکافی ج ۶ ص ۳۵ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۵ ح ۴۲،الوسائل ج

۱۵ ص ۱۶۱ ح ۴.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۳۵ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۱ ح ۴.

أولادكم يوم السابع فإنه أطيب و أطهر و أسرع لنبات اللحم،و إن الأرض تنجس من بول الأغلف أربعين صباحا».

و عن عبد الله بن جعفر (۱)فی الصحیح

«أنه كتب إلى أبى محمد على بن الحسن عليه السلام أنه روى عن الصادقين أن اختتنوا أولادكم يوم السابع يطهروا،و أن الأرض تضج إلى الله من بول الأغلف،و ليس جعلت فداك لحجامى بلدنا حذق بذلك، و لا يختتنونه يوم السابع و عندنا حجام اليهود،فهل يجوز لليهود أن يختتنوا أولاد المسلمين أم لا؟فوقع عليه السلام:السنه يوم السابع فلا تخالفوا السنن إن شاء الله».

و عن على بن يقطين (۲)فی الصحیح قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن ختان الصبى لسبعه أيام من السنه هو أو يؤخر،و أيهما أفضل؟قال:لسبعه أيام من السنه و إن أخر فلا بأس».

و عن المغيره (۳)عمن ذكره عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«المولود يعق عنه و يختن لسبعه أيام».

[تنبيهات]

اشاره

إذا تقرر ذلك فاعلم أن تمام تحقيق الكلام فى هذا المقام يقع فى مواضع:

الأول [فى وجوب الاختتان بعد البلوغ]

لا خلاف بين علماء الإسلام،كما ادعاه جمله من الأعلام فى أنه يجب الاختتان بعد البلوغ،و إنما الخلاف فيما قبله،فذهب الأكثر إلى أنه كغيره من التكاليف التى لا تجب إلا بالبلوغ،و الأصل براءه ذمه الولى من هذا التكليف، و نقل عن العلامه فى التحرير أنه قال:و لا يجوز تأخيره إلى البلوغ.

قال السيد السند فى شرح النافع:و ربما كان مستنده الروايات المتضمنه لأمر الولى بذلك،و هو ضعيف للتصريح فى صحيحه على بن يقطين بأنه لا بأس

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۳۵ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۰ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۳۶ ح ۷،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۵ ح ۴۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۵ ح ۱.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۳۶ ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۵ ح ۲.

بالتأخير،انتهى.

و فيه أن الظاهر من الصحيحه المذكوره إنما هو أنه لا بأس بالتأخير عن السابع،بمعنى أنه لا يتحتم له فعله وجوبا أو استحبابا فى اليوم السابع بل يجوز التأخير عنه،و القائل بالوجوب إنما أراد به الوجوب الموسع إلى ما قبل البلوغ فيتضيق حينئذ،و على هذا فلا تكون الروايه منافيه لتلك الأخبار التى استند إليها ذلك القائل بالوجوب،و ليس المراد أنه لا بأس بالتأخير إلى البلوغ ليتم ما ذكره.

نعم يمكن الاستدلال على الاستحباب بالأخبار الداله على أنه من السنن.

مثل ما رواه

فى الكافى (۱)عن عبد الله بن سنان فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«ختان الغلام من السنه و خفض الجوارى ليس من السنه». و ما تقدم فى

روايه مسعده بن صدقه (۲)من قوله عليه السلام

«ثقب اذن الغلام من السنه،و ختانه لسبعه أيام من السنه». فجعله فى قرن ثقب الاذن ظاهر فى كونه مثله فى الاستحباب،إلا أن باب المناقشه غير مسدود،و ظاهر المحقق فى الشرائع (۳)الميل إلى هذا القول أيضا حيث قال:و أما الختان فمستحب يوم السابع،و لو أخر جاز،و لو بلغ و لم يختن وجب أن يختن نفسه،و الختان واجب و خفض الجوارى مستحب.

قال فى المسالك (۴)-بعد أن ذكر أنه هل أول وقت وجوبه قبل التكليف بحيث إذا بلغ الصبى يكون قد اختتن قبله و لو بقليل،أم لا يجب إلا بعد البلوغ كغيره من التكليفات المتعلقه بالمكلف-ما صورته:يظهر من عباره المصنف الأول،لإطلاق حكمه عليه بالوجوب و لا ينافيه حكمه باستحبابه يوم السابع،لأن الوجوب على هذا القول موسع من حين الولاده إلى أن يقرب التكليف،و على

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۳۷ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۷ ح ۲.

۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۳۵ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۹ ح ۱.

۳- ۳) شرائع الإسلام ص ۱۷۵.

۴- ۴) مسالك الافهام ج ۱ ص ۵۷۸.

هذا فیکون فعله یوم السابع أفضل أفراد الواجب،و لأجل ذلک أطلق علیه الاستحباب کما یقال:یستحب صلاه الفریضه فی أول وقتها،و علی هذا فیکون الوجوب متعلقا بالولی فإن لم یفعل إلی أن بلغ الصبی أثم،و تعلق الوجوب حینئذ بالصبی،و بهذا القول صرح فی التحریر،انتهی.

أقول:ما ذکره جید،إلا أنه لا یتحتم حمل العباره المذکوره علیه بحیث لا یمکن احتمال غیره،إذ من الجائز أن یکون قوله«و الختان واجب»و هو الذی أشار إلیه بقوله«لإطلاق حکمه علیه بالوجوب»إنما هو بالنسبه إلی ما بعد البلوغ،فإنه لما ذکر أولا أن الختان مستحب یوم السابع و لو أخر جاز، و علم منه استحباب الختان بعد الولاده و أن الفضل فی الیوم السابع ذکر حکم الختان بعد البلوغ بقوله«و لو بلغ و لم یختن وجب علیه أن یختن نفسه»و قوله «و الختان واجب»یعنی بعد البلوغ.

و بالجمله فإن هذه الجمله متعلقه بما قبلها مما یدل علی وجوبه بعد البلوغ و لا ارتباط لها بصدر العباره الداله علی استحبابه بعد الولاده.و کیف کان فالظاهر هو القول المشهور،فإن التمسک بالأصل أقوی متمسک حتی یقوم دلیل واضح علی الخروج عنه،و الأمر فی الروایات المتقدمه غیر ظاهر فی الوجوب سیما بالنظر إلی تلک التعلیلات التی اشتملت علیها تلک الأخبار،فإنها بالحمل علی الاستحباب أنسب کما وقع نحوه فی غیر هذه المسأله.

قال فی المسالک (۱)-فی تعلیل قول المشهور-:و وجه الثانی أن الختان شرط فی صحه الصلاه و نحوها من العبادات،فلا یجب إلا مع وجوب المشروط،و لو سلم أنه واجب لنفسه فمتعلقه المکلف و الأصل براءه ذمه الولی من فعله،و الأمر قبل البلوغ محمول علی الاستحباب،انتهی.

أقول:أما ما ذکره من أن الختان شرط فی صحه الصلاه فلا یحضرنی دلیل یدل علیه و لا نص یوجب المصیر إلیه،و استدل بعضهم علی ذلک بنجاسه الجلده

۱- ۱) مسالک الافهام ج ۱ ص ۵۷۸.

الساتره فإنها لوجوب قطعها فی حکم المیته،و ضعفه أظهر من أن یخفی.نعم ما ذکره بعد ذلک جید کما أشرنا إلیه.

الثانی [فی استحباب الخفض بالنسبه إلی النساء]

لا خلاف بین الأصحاب فی استحباب ذلک فی النساء،و لیس بواجب إجماعا،و یعبر عنه بالخفض بالنسبه إلی النساء و الختان بالنسبه إلی الرجال.

فروی فی الکافی (۱)عن عبد الله بن سنان فی الصحیح قال:

«ختان الغلام من السنه و خفض الجواری لیس من السنه».

و عن السکونی (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«خفض النساء مکرمه،لیست من السنه و لا شیئا واجبا،و أی شیء أفضل من المکرمه». قال بعض مشایخنا:

مکرمه أی موجبه لحسنها و کرامتها عند زوجها،و المعنی لیست من السنن بل من التطوعات.أقول:و یؤیده ما یأتی إن شاء الله تعالی فی حدیث أم حبیب.

و عن عبد الله بن سنان (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«الختان سنه فی الرجال و مکرمه فی النساء».

و عن أبی بصیر (۴)قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن الجاریه تسبی من أرض الشرک فتسلم فتطلب لها من یخفضها،فلا تقدر علی امرأه؟فقال:إنما السنه فی الختان علی الرجال،و لیس علی النساء».

و روی الفقیه (۵)عن غیاث بن إبراهیم عن جعفر بن محمد عن أبیه علیهما السلام قال:

«

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۳۷ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۷ ح ۲ و فیه«و خفض الجاریه».

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۳۷ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۵ ح ۴۶ و فیه«خفض الجواری»، الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۷ ح ۳ و ما فی المصادر«عن مسعده بن صدقه».

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۳۷ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۵ ح ۴۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۸ ح ۱.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۳۷ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۶ ح ۴۸ و فیه«و لیست»،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۶ ب ۵۶ ح ۱.

۵- ۵) الفقیه ج ۳ ص ۳۱۴ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۳ ح ۸.

قال علی علیه السلام:لا بأس أن لا تختن المرأه،فأما الرجل فلا بد منه».

و روی الشیخ فی التهذیب (۱)عن وهب عن جعفر بن محمد عن أبیه عن علی علیهم السلام قال:

«لا تخفض الجاریه حتی تبلغ سبع سنین». و فی هـذا الخبر دلاله علی أن وقت الخفض فی النساء بلوغ السبع و فی الذکور الیوم السابع.

و روی محمد بن مسلم (۲)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لما هاجرت النساء إلی رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم هاجرت فیهن امرأه یقال لها أم حبیب،و کانت خافضه تخفض الجواری،فلما رآها رسول الله صلی الله علیه و آله قال لها:یا أم حبیب العمل الذی کان فی یدک هو فی یدک الیوم؟قالت:نعم یا رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم إلا أن یکون حراما فتنهانی عنه،فقال:لا،بل حلال فادنی منی حتی أعلمک،قالت:فدنوت منه فقال:یا أم حبیب إذا أنت فعلت فلا تهتکی-أی لا تستأصلی-فإنه أشرق للوجه و أحظی عند الزوج»الحدیث.

و بالجمله فالحکم للذکر و الأنثی معلوم کما عرفت،و إنما یبقی الکلام فی الخنثی،قال فی المسالک (۳):و أما الخنثی فإن الحق بأحدهما لحقه حکمه،و إن أشکل أمره ففی وجوبه فی حقه و توقف صحه صلاته علیه وجهان:من الشک فی ذکوریته التی هی مناط الوجوب،معتضدا بأصاله البراءه،و لاشتماله علی تألیم من لا یعلم وجوبه علیه،و من انحصار أمره فیهما،فلا یحصل الیقین بصحه العباده بدونه،و لأنه مأخوذ بمراعاه الجانبین حیث یمکن،و لدخوله فی عموم

قوله صلی الله علیه و آله و سلم

«الختان من الفطره الحنفیه».

و قولهم علیهم السلام (۴)

«اختنوا أولادکم

۱- ۱) التهذیب ج ۶ ص ۳۶۰ ح ۱۵۴،الوسائل ج ۱۲ ص ۹۳ ح ۳.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۳۸ ح ۶،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۶ ح ۴۹،الوسائل ج ۶ ص ۳۶۰ ح ۱۵۶ و ج ۱۲ ص ۹۲ ح ۱ و فیه اختلاف یسیر.
۳- ۳) مسالک الافهام ج ۱ ص ۵۷۹.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۳۵ ح ۳،الفقیه ج ۳ ص ۳۱۴ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۰ ح ۱.

یوم السابع یطهروا». لأن لفظ الأولاد یشمل الجمیع خرج منه الإناث بدلیل من خارج فیبقی الباقی،و لا ریب أن هذا أولی،انتهی.

أقول:أما التعلیل بتوقف صحه الصلاه علیه فعلیل،لما عرفت من عدم قیام دلیل علیه،و إن اشتهر ذلک بینهم.

و أما التمسک بإطلاق هذه الأخبار ففیه أن إطلاق الأخبار إنما ینصرف إلی الافراد المتکرره المتعارفه،فإنها هی التی ینصرف إلیها الإطلاق دون الفروض النادره التی ربما لا توجد إلا فرضا،و مع تسلیم شموله لها فإنه یجب تخصیصه بما دل من الأخبار علی اختصاص ذلک بالذکر من الأولاد دون الإناث،و الخنثی لیست بذکر،و بالجمله فالظاهر إنما هو الوجه الأول من کلامه.

الثالث [عدم الدلیل علی وجوب الختان علی البالغ إلا الإجماع]

قد عرفت أنه قد ادعی الإجماع من علمائنا الأعلام علی وجوب الختان علی البالغ،و لا أعرف لهم دلیلا واضحا و لا معتمدا صریحا غیر هذا الإجماع المدعی،مع أن أکثر النصوص مصرح بالاستحباب،و ها أنا أتلو علیک ما وقفت علیه من الأخبار فی هذا الباب.

فمنها ما رواه

فی الکافی (1)فی الصحیح أو الحسن عن هشام بن سالم عن عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«من الحنیفیه الختان».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (2)عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«من سنن المرسلین الاستنجاء و الختان». و قد تقدم قریبا

فی روایه عبد الله بن سنان (3)

«أن الختان سنه فی الرجال و مکرمه فی النساء».

1- 1) الکافی ج 6 ص 36 ح 8،الوسائل ج 15 ص 161 ح 3.

2- 2) الکافی ج 6 ص 36 ح 6،التهذیب ج 7 ص 445 ح 43،الوسائل ج 15 ص 161 ح 2.

3- 3) الکافی ج 6 ص 37 ح 4،الوسائل ج 15 ص 168 ح 1.

و فی روایه أبی بصیر (۱)

«إنما السنه فی الختان علی الرجال و لیس علی النساء».

و فی تفسیر العیاشی (۲)عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«ما أبقت السنه شیئا حتی أن منها قص الشارب و الأظفار و الأخذ من الشارب و الختان».

و عن طلحه بن زید (۳)عن جعفر بن محمد عن أبیه عن آبائه عن علی علیهم السلام قال:

«قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم:إن الله عز و جل بعث خلیله بالحنیفیه و أمره بأخذ الشارب و قص الأظفار و نتف الإبط و حلق العانه و الختان».

و لا یخفی أن عد الختان فی قرن هذه الأشیاء المتفق علی استحبابها قرینه ظاهره فی الاستحباب.

و روی فی الکافی (۴)عن السکونی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال أمیر المؤمنین علیه السلام:إذا أسلم الرجل اختتن و لو بلغ ثمانین سنه».

و روی فی کتاب عیون أخبار الرضا (۵)بإسناده عن الفضل بن شاذان عن الرضا علیه السلام

«أنه کتب إلی المأمون:و الختان سنه واجبه للرجال و مکرمه للنساء».

و هذان الخبران أقصی ما ربما یتوهم منه الدلاله علی الوجوب،و قیام الحمل علی تأکد الاستحباب أقرب قریب.و بالجمله فإنه لا دلیل فی الأخبار یعتمد علیه، و إنما العمده هو الإجماع المدعی.

الرابع [فی استحباب الدعاء وقت ختن الصبی]

و یستحب الدعاء وقت ختن الصبی بما رواه

فی الفقیه (۶)عن مرازم بن حکیم

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۳۷ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۶ ب ۵۶ ح ۱.

۲- ۲) تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۶۱ ح ۱۰۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۳ ح ۱۰.

۳- ۳) تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۳۸۸ ح ۱۴۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۳ ح ۱۱.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۳۷ ح ۱۰،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۵ ح ۴۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۶ ب ۵۵ ح ۱.

۵- ۵) عیون أخبار الرضا ج ۲ ص ۱۲۳ ط النجف الأشرف،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۳ ح ۹.

۶- ۶) الفقیه ج ۳ ص ۳۱۵ ح ۱۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶۹ ب ۵۹ ح ۱.

عن أبی عبد الله علیه السلام «فی الصبی إذا ختن قال:یقول:اللهم هذه سنتک و سنه نبیک صلواتک علیه و آله و اتباع منا لک و لنبیک بمشیتک و بإرادتک و قضائک لأمر أردته و قضاء حتمته و أمر أنفذته فأذقته حر الحدید فی ختانه و حجامته لأمر أنت أعرف به منی،اللهم فطهره من الذنوب و زد فی عمره و ادفع الآفات عن بدنه و الأوجاع عن جسمه،و زده من الغنی و ادفع عنه الفقر فإنک تعلم و لا نعلم» قال أبو عبد الله علیه السلام:أی رجل لم یقلها عند ختان ولده فلیقلها علیه من قبل أن یحتلم،فإن قالها کفی حر الحدید من قتل أو غیره».

(و منها)

العقیقه

اشاره

،و قد تقدم ذکرها فی سنن یوم السابع إلا أنها لکثره ما یتعلق بها من الأحکام حسن إفرادها بالذکر،و أصل العقیقه علی ما یفهم من کلام أهل اللغه الشعر الذی یخرج به المولود آدمیا کان أو غیره من بطن أمه، و یقال:بمعنی الشق.

قال فی المصباح المنیر (۱):عق عن ولده عقا من باب قتل،و الاسم العقیقه و هی الشاه التی تذبح یوم الأسبوع،و یقال للشعر الذی یولد علیه المولود من آدمی و غیره عقیقه،و عق بالکسر،یقال:أصل العق الشق،یقال:عق ثوبه کما یقال:شق ثوبه،بمعناه،و منه یقال:عن الولد أباه عقوقا-من باب قعد- إذا عصاه و ترک الإحسان إلیه.انتهی،و مثله کلام غیره،و کأن الشعر الذی یولد علیه المولود سمی بالعقیقه،لأنه یحلق عنه ثم قیل للذبیحه التی تذبح لأنه یشق حلقومها.

قال الهروی فی کتاب الغریبین:و العق فی الأصل الشق و القطع،و سمی الشعر الذی یخرج علی المولود من بطن امه و هو علیه عقیقه لأنها إن کانت علی إنسی حلقت و إن کانت علی بهیمه نسلتها،و قیل للذبیحه عقیقه لأنها یشق حلقومها، ثم قیل للشعر الذی ینبت بعد ذلک الشعر عقیقه علی جهه الاستعاره،انتهی.

ص: ۵۶

۱- ۱) المصباح المنیر ص ۵۷۷ و فیه اختلاف یسیر.

[فوائد]

اشاره

و کیف کان فتحقیق الکلام فیها یقع فی مواضع:

الأول [اختلاف الأصحاب فی وجوبها و استحبابها]

اختلف الأصحاب فی وجوبها و استحبابها،و المشهور الثانی و إلی الأول ذهب المرتضی و ابن الجنید ادعی إلیه فی الانتصار إجماع الإمامیه و یظهر من المحدث الکاشانی فی الوافی المیل إلیه حیث قال:باب العقیقه و وجوبها، ثم أورد جمله من الأخبار الظاهره فی ذلک.

و منها ما رواه

فی الکافی و الفقیه (۱)عن علی بن أبی حمزه عن العبد الصالح علیه السلام قال:

«العقیقه واجبه إذا ولد للرجل فإن أحب أن یسمیه من یومه فعل».

و ما رواه

فی الکافی (۲)عن علی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«العقیقه واجبه».

و عن أبی خدیجه (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«کل مولود مرتهن بالعقیقه».

و ما رواه

فی الفقیه (۴)مرسلا قال:و فی روایه أبی خدیجه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«کل إنسان مرتهن بالفطره،و کل مولود مرتهن بالعقیقه». قال فی الوافی -بعد ذکر هذین الخبرین-:یعنی أن زکاه الفطره و العقیقه حقان واجبان فی عنق الإنسان و المولود،و هما مقیدان بهما لا ینفکان عنهما إلا بالأداء».

و ما رواه

فی الکافی (۵)فی الموثق عن عمار الساباطی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« کل مولود مرتهن بعقیقته».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۲۴ ح ۱،الفقیه ج ۳ ص ۳۱۲ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۰ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۴ ح ۵.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۲۵ ح ۷،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۱ ح ۲۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۴ ح ۳.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۲۴ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۱ ح ۲۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۴ ح ۶.

۴- ۴) الفقیه ج ۳ ص ۳۱۲ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۴ ح ۲.

۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۲۵ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۴ ح ۷.

و عن أبی بصیر (۱)فی الموثق أو الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن العقیقه أ واجبه هی؟قال:نعم واجبه».

و ما رواه

فی الکافی عن عبد الله بن سنان و فی الفقیه (۲)عن عمر بن یزید فی الصحیح قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:إنی و الله ما أدری کان أبی عق عنی أم لا، قال:فأمرنی أبو عبد الله علیه السلام فعققت عن نفسی و أنا شیخ.و قال عمر:سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:کل امرئ مرتهن بعقیقته،و العقیقه أوجب من الأضحیه».

و ذهب الشیخ و من تأخر عنه إلی الاستحباب،و غایه ما استدل به العلامه فی المختلف (۳)بعد اختیاره الاستحباب هو أصاله البراءه،ثم أورد دلیلا للمرتضی روایتی علی بن أبی حمزه و أبی بصیر،و أجاب بأن المراد شده الاستحباب.

و أنت خبیر بما فیه،و اعترضه فی المسالک (۴)فی استدلاله للمرتضی بهاتین الروایتین بأن السید لا یستند فی مذهبه إلی الأخبار الصحیحه إذا کانت من طریق الآحاد،و کیف یحتج بروایه ابن أبی حمزه و هو مصرح بکفره و کفر أضرابه من الفرق،و إنما أوجبها لما توهمه من إجماع الإمامیه علیه کما أشار إلیه فی الانتصار،و جعل الإجماع مستنده فی أکثر المسائل،و إن کان فی تحقق الإجماع نظر،إلا أنه رأی ذلک حسبما اتفق علیه.انتهی،و هو جید یعلم منه التساهل فی دعاویهم الإجماع،و لم یذکر فی المسالک دلیلا علی الاستحباب،و إنما قال -بعد إیراد روایه أبی بصیر و روایه علی بن أبی حمزه و روایه أبی المعزا المصرحه بالوجوب-:و هذه الأخبار مع قطع النظر عن سندها محموله علی تأکد الاستحباب

ص: ۵۸

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۲۵ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۴ ح ۴.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۲۵ ح ۲،الفقیه ج ۳ ص ۳۱۲ ح ۳ و ۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۱ ح ۲۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۵ ب ۳۹ ح ۱ و ص ۱۴۳ ب ۳۸ ح ۱.

۳- ۳) مختلف الشیعه ص ۵۷۶ و ۵۷۷.

۴- ۴) مسالک الافهام ج ۱ ص ۵۷۹.

أو ثبوته لأنه معنى الوجوب لغه.و يؤيد الثانى

قول الصادق عليه السلام فى روايه عمر بن يزيد

«و العقيقه أوجب من الأضحيه».

و فيه أن الحمل على خلاف الظاهر يتوقف على وجود المعارض و هو لم يذكر ما يعارضها،و أما الطعن بضعف السند فهو ليس بمرضى و لا معتمد،و أما روايه عمر بن يزيد فهى ظاهره فيما ذكره،و قال السيد السند فى شرح النافع:

و أما الروايات المتضمنه للوجوب فكلها ضعيفه السند،و مع ذلك إنما يتم الاستدلال بها إذا ثبت كون الوجوب حقيقه شرعيه أو عرفيه فى اصطلاحهم فى المعنى المتعارف الآن عند الفقهاء و هو غير معلوم.

أقول:و التحقيق أن المسأله لا تخلو من شوب الاشكال لما عرفت مما قدمناه من الأخبار الظاهره فى الوجوب.

و أما الطعن فيها بضعف السند فقد عرفت أنه عند من لا يرى العمل بهذا الاصطلاح غير مرضى و لا معتمد،إلا أن مما يعارض ذلك و يدافعه أولا-ما قدمناه تحقيقه فى غير موضع من أن الوجوب فى الأخبار من الألفاظ المتشابهه لاستعماله فيها فى معان عديده:

(أحدها)هذا المعنى المصطلح عليه الآن بين الفقهاء،و هذا هو الذى أشار إليه السيد السند-رحمه الله عليه.

و(ثانيا)عد العقيقه فى قرن تلك الأمور المتفق على استحبابها فى الأخبار التى تقدمت فى سنن اليوم السابع فإنه مما يثمر الظن الغالب بكونها مثلها.

و(ثالثا)ما عرفت من روايه عمر بن يزيد التى هى صحيحه بروايه الصدوق حيث جعل العقيقه أوجب من الأضحيه التى هى مستحبه اتفاقا، فالظاهر أن الوجوب إنما هو بمعنى الثبوت أو تأكد الاستحباب اللذين هما أحد معانى هذا اللفظ،فإنه هو الذى يجرى فيه التفضيل بمعنى أشد ثبوتا

أو آكد استحبابا.

و نحو ذلك ما ورد

فی موثقه سماعه (۱)قال:

«سألته عن رجل لم یعق عن ولـده حتی کبر و کان غلاما شابا أو رجلا قـد بلغ،قال:إذا ضـحی عنه أو ضـحی الولـد عن نفسه فقد أجزأه عن العقیقه».

و موثقه عمار الساباطی (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام و فیها

«و إن لم یعق عنه حتی ضـحی فقد أجزأه الأضحیه». و التقریب فیها أنها لو کانت واجبه کغیرها من الواجبات فإنه لا یعقل إجزاء الأضـحیه المسـتحبه اتفاقا عنها إذ لا نظیر له فی الأحکام الشرعیه.و مقتضی الوجوب تعلق الخطاب بها حتی یأتی بها،و قیام غیرها مما لا یخاطب به حتما یحتاج إلی دلیل،فإن ثبت له نظیر فی الأحکام فذلک،و إلا فلا.

هذا،و أما ما رواه

فی الکافی (۳)عن ذریح عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی العقیقه قال:

إذا جـاز سـبعه أیـام فلاـ عقیقه له». ممـا یـدل علی سـقوطها بعـد السـبعه فهو معارض بالأخبار المسـتفیضه الـداله علی الإتیان بها مطلقـا،سـیما أخبـار الوجوب و أنه مرتهن بها،و حمله بعض المحـدثین علی نفی العقیقه الکامله،من قبیل من لم یصل فی جماعه فلا صلاه له،أو علی الرخصه،و الأول أقرب.

الثانی [فی استحباب مساواه العقیقه للمولود]

قد ذکر جمله من الأصحاب أنه یستحب مساواه العقیقه للمولود،

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۳۹ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۷ ح ۵۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۳ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۲۸ ح ۹،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۳ ح ۳۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۰ ح ۴.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۳۸ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۴۴۶ ح ۵۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۰ ح ۲.

بأن یعق عن الذکر ذکرا و عن الأنثی أنثی.أقول:أکثر الأخبار الوارده ظاهره فی مساواه الغلام للجاریه فی العقیقه.

و منها ما رواه

فی الکافی (۱)عن منصور بن حازم فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«العقیقه فی الغلام و الجاریه سواء».

و عن سماعه (۲)فی الموثق قال:

«سألته عن العقیقه فقال:فی الذکر و الأنثی سواء».

و عن أبی بصیر (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«عقیقه الغلام و الجاریه کبش».

و عن عبد الله بن مسکان (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن العقیقه فقال:عقیقه الجاریه و الغلام کبش کبش».

و روی الحمیری فی کتاب قرب الاسناد (۵)عن عبد الله بن الحسن عن علی ابن جعفر عن أخیه قال:

«سألته عن العقیقه عن الغلام و الجاریه سواء؟قال:

کبش کبش».

و عن محمد بن عبد الحمید (۶)عن یونس بن یعقوب قال:

«سألت أبا الحسن موسی علیه السلام عن العقیقه الجاریه و الغلام فیها سواء؟قال:نعم».

و أما ما یدل علی ما ذکروه من استحباب مساواه العقیقه للمولود فهو ما رواه

فی الفقیه (۷)عن محمد بن زیاد عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن العقیقه؟ فقال:شاه أو بقره أو بدنه،ثم یسمی و یحلق رأس المولود یوم السابع و یتصدق

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۲۶ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۷ ب ۴۲ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۲۶ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۷ ب ۴۲ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۲۶ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۷ ب ۴۲ ح ۳.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۲۶ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۷ ب ۴۲ ح ۴.

۵- ۵) قرب الاسناد ص ۱۲۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۸ ب ۴۲ ح ۵.

۶- ۶) قرب الاسناد ص ۱۲۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۸ ب ۴۲ ح ۶.

۷- ۷) الفقیه ج ۳ ص ۳۱۳ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۸ ح ۷ و فیهما(محمد بن مارد).

بوزن شعره ذهبا أو فضه،فإن كان ذكر عق عنه ذكرا،و إن كان أنثى عق عنها أنثى».

و قال الرضا عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى (۱):

و إذا أردت أن تعق عنه فليكن عن الذكر ذكرا و عن الأنثى أنثى.

قال الصدوق-رحمه الله عليه-فى الفقيه (۲):و يجوز أن يعق عن الذكر بأنثى و عن الأنثى بذكر،

و قد روى

أن يعق عن الذكر بأنثيين و عن الأنثى بواحده.

و ما استعمل فى ذلك فهو جائز.

و ظاهره فى المسالك (۳)عدم الوقوف على دليل الحكم المذكور،حيث إنه بعد ذكر عباره المصنف الداله على الحكم المذكور قال:استحباب مساواتها للولد فى الذكوريه و الأنوثيه،

رواه الكلينى مرسلا عن الباقر عليه السلام (۴)قال:

«إذا كان يوم السابع و قد ولد لأحدكم غلام أو جاريه فليعق عنه كبشا عن الذكر ذكرا و عن الأنثى مثل ذلك». و روى أخبار كثيره على أجزاء الذكر و الأنثى مطلقا،ثم أورد صحيحه منصور بن حازم إلى أن قال:مع أن الروايه الأولى ليست صريحه فى اعتبار المساواه،بل الظاهر من قوله«و الأنثى مثل ذلك»أن المستحب كونها ذكرا فى الذكر و الأنثى،فيكون موافقا لغيره من الأخبار الداله على التسويه بينهما،انتهى.

و اقتفاه سبطه فى شرح النافع أيضا قال:و ذكر جمع من الأصحاب منهم المصنف فى الشرائع أنه يستحب أن يعق عن الذكر ذكرا و عن الأنثى أنثى و رواه الكلينى مرسلا عن أبى جعفر عليه السلام ثم أورد الروايه التى أوردها جده ثم قال:و هى ضعيفه السند قاصره المتن.

ص :۶۲

۱- ۱) فقه الرضا ص ۲۳۹،المستدرک ج ۲ ص ۶۲۰ ب ۳۱ ح ۲.

۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۳۱۳ ذيل ح ۷ و صدر ح ۸.

۳- ۳) مسالک الافهام ج ۱ ص ۵۷۹.

۴- ۴) الكافى ج ۶ ص ۲۷ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۱ ح ۱۱.

و العجب أن الروايه مذكوره فى الفقيه فكيف غفلا عنها حتى تمسكا بهذه الروايه،و الحق أن هذه المرسله محتمله لكل من المعنيين المذكورين، فهى متشابهه لا يمكن الاعتماد عليها فى شيء منهما.

الثالث [عدم اجزاء التصدق بثمنها]

قد صرحوا بأنه لو عجز عنها فى الحاضر توقع المكنه و لا يجزى التصدق بثمنها،و يدل عليه ما رواه

الكلينى (۱)فى الحسن عن محمد بن مسلم قال:

« ولد لأبى جعفر عليه السلام غلام فأمر زيد بن على أن يشترى له جزورين للعقيقه،و كان زمن غلاء،فاشترى له واحده و عسرت عليه الأخرى،فقال لأبى جعفر عليه السلام:قد عسرت على الأخرى فنتصدق بثمنها؟فقال:لا،اطلبها حتى تقدر عليها فإن الله عز و جل يحب إهراق الدماء و إطعام الطعام».

و عن ابن بكير (۲)فى الموثق قال:

«كنت عند أبى عبد الله عليه السلام فجاءه رسول عمه عبد الله بن على فقال له:يقول عمك:إنا طلبنا العقيقه فلم نجدها فما ترى نتصدق بثمنها؟فقال:لا،إن الله يحب إطعام الطعام و إراقه الدماء».

الرابع [فى أنه هل يشترط فى العقيقه شروط الأضحيه؟]

قد ذكروا أنه يستحب فيها شروط الأضحيه من كونها سليمه من العيوب سمينه،و لم أقف فى الأخبار على ما يدل عليه،بل الظاهر منها خلافه،و هو الظاهر من الكلينى أيضا حيث إنه عنون الباب فقال:باب أن العقيقه ليست بمنزله الأضحيه،ثم ذكر فيه ما رواه

فى الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهال القماط (۳)قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:إن أصحابنا يطلبون العقيقه إذا كان إبان تقدم الأعراب فيجدون الفحوله،و إذا كان غير ذلك الإبان لم توجد فيعز عليهم،فقال:إنما هى شاه لحم ليست بمنزله الأضحيه يجزى

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۲۵ ح ۸ و فيه«غلامان جميعا»،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۶ ب ۴۰ ح ۲ و فيه«غلامان».
۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۲۵ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۵ ح ۱.
۳- ۳) الكافى ج ۶ ص ۲۹ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۳ ح ۱.

فيها كل شیء».

و روى أيضا عن مرازم (۱)عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«العقيقه ليست بمنزله الهدى،خيرها أسمنها». و حاصله أنه لا يشترط فيها ما يشترط فی الهدى و إن كان الأفضل فيها الأسمن.

الخامس [كراهه أكل الوالدين و العيال منها]

يكره أكل الوالدين منها بل جمله العيال،و يتأكد فی الأم،

فروى فی الكافی (۲)عن أبی خديجه عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«لا يأكل هو و لا أحد من عياله من العقيقه،و قال:و للقابله الثلث من العقيقه،فإن كانت القابله أم الرجل أو فی عياله فليس لها منها شیء،و تجعل أعضاء ثم يطبخها و يقسمها،و لا يعطيها إلا لأهل الولايه،و قال:يأكل من العقيقه كل أحد إلا الأم».

و عن الكاهلی (۳)فی الحسن عن أبی عبد الله عليه السلام

«فی العقيقه،قال:لا تطعم الام منها شيئا».

و عن ابن مسكان (۴)عمن ذكره عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«لا تأكل المرأه من عقيقه ولدها»الحديث.

و فی كتاب الفقه الرضوی (۵)

«و لا يأكل منه الأبوان،و إن أكلت منه الام فلا ترضعه». و بهذه العباره أعنی قوله«و إن أكلت منه الام لم ترضعه»عبر فی الفقيه (۶)فقال:و الأبوان لا يأكلان من العقيقه و ليس ذلك بمحرم عليهما،و إن أكلت منه الام لم ترضعه»و لم أقف على من صرح بذلك من الأصحاب غيره،

۱- ۱) الكافی ج ۶ ص ۳۰ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۴ ح ۲.
۲- ۲) الكافی ج ۶ ص ۳۲ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۶ ح ۱.
۳- ۳) الكافی ج ۶ ص ۳۲ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۶ ح ۲.
۴- ۴) الكافی ج ۶ ص ۳۲ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۷ ح ۳.
۵- ۵) فقه الرضا ص ۲۳۹،مستدرك الوسائل ج ۲ ص ۶۲۱ ب ۳۴ ح ۱.

٦- ٦) الفقيه ج ٣ ص ٣١٣ ح ٨.

و لا علی خبر یتضمن ذلک غیر ما فی الکتاب المذکور.

و مما یدل علی حمل النهی علی الکراهه ما ورد من جواز أکل الأب منها کما رواه

فی الکافی (۱)عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی المولود یسمی فی الیوم السابع و یعق عنه-إلی أن قال:-و یبعث إلی القابله بالرجل مع الورک و یطعم منه و یتصدق».

و عن أبی بصیر (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا ولد لک غلام أو جاریه فعق عنه یوم السابع شاه أو جزورا و کل منها و أطعم»الحدیث.

و مما یدل علی جواز أکل العیال ما رواه

فی الکافی (۳)عن یحیی بن أبی العلاء عن أبی عبد الله علیه السلام فی حدیث عقیقه الرسول صلی الله علیه و آله و سلم عن الحسن و الحسین علیهما السلام قال:

« و عق عنهما شاه شاه،و بعثوا برجل شاه إلی القابله،و نظروا ما غیره،فأکلوا منه و أهدوا إلی الجیران،و حلقت فاطمه علیها السلام رؤوسهما و تصدقت بوزن شعرهما فضه». و المراد أنهم نظروا فی غیر ما بعثوا به إلی القابله فأکلوا منه و أهدوا فکأن«ما»هنا وقعت زائده أو استفهامیه.

ثم إن ما دل علیه خبر أبی خدیجه من أن العقیقه تجعل أعضاء یعنی لا یکسر لها عظم مما صرح به الأصحاب أیضا و حکموا بکراهته،و علیه دل الخبر المذکور.

و نحوه ما رواه

فی الکافی (۴)عن عبد الله بن سنان عن أبی عبد الله علیه السلام فی حدیث قال:

«و اقطع العقیقه جداول (۵)و اطبخها و ادع علیها رهطا من المسلمین».

ص: ۶۵

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۲۹ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۹ ب ۴۴ ح ۱ و فیهما«قال:یسمی».
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۲۸ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۱ ح ۷.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۳۳ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۸ ح ۴.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۲۷ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۱ ب ۴۴ ح ۸.
۵- ۵) أقول:ما اشتمل علیه الخبر من لفظ«جداول»لا یخلو من اشکال،فإن جداول جمع جدول و هو النهر الصغیر و لا مناسبه فیه

للمقام،و الظاهر انما هو جدول جمع جدل و هو العضو.قال فی القاموس:و الجدل و یکسر کل عضو و کل عظم معرق لا یکسر و لا یخلط به غیره،انتهی.(منه-قدس سره-).

إلا أنه

قد روى فی الفقیه (۱)مرسلا قال:

«قال عمار الساباطی:و سئل عن العقیقه إذا ذبحت هل یکسر عظمها؟قال:نعم یکسر عظمها و یقطع لحمها و تصنع بها بعد الذبح ما شئت». و الظاهر أن هذا الخبر خرج مخرج التنبیه علی الجواز فلا ینافی الکراهه.

السادس [استحباب طبخها و إطعامها المؤمنین]

من المستحبات طبخها و إطعامها المؤمنین.

قال فی کتاب الفقه الرضوی (۲)

«و تفرق لحمها علی قوم مؤمنین محتاجین،و إن أعددته طعاما و دعوت علیه قوما من إخوانک فهو أحب إلی،و کلما أکثرت فهو أفضل،و حده عشره أنفس و ما زاد،و أفضل ما تطبخ به ماء و ملح». انتهی.

و فی کتاب الفقیه (۳)

«و روی أن أفضل ما تطبخ به ماء و ملح». و الظاهر أنه إشاره إلی ما ذکره علیه السلام هنا.

و فی موثقه عمار (۴)

«و یطعم منه عشره من المسلمین فإن زادوا فهو أفضل و تأکل منه». و فی الخبر ما یدل علی الرخصه للأب فی الأکل،و قد تقدم مثله.

و فی التهذیب (۵)

«و لا تأکل منه». و هو علی حسب ما دل علیه غیره من کراهه الأکل للأب أیضا.و قد تقدم

فی روایه عبد الله بن سنان

«و اطبخها و ادع علیها رهطا من المسلمین».

و فی روایه أبی خدیجه المتقدمه

«ثم یطبخها و یقسمها

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۳۱۴ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۲ ح ۱۷.

۲- ۲) فقه الرضا ص ۲۳۹ و فيه تقديم و تأخير،مستدرك الوسائل ج ۲ ص ۶۲۱ ب ۳۴ ح ۱.

۳- ۳) الفقيه ج ۳ ص ۳۱۳ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۲ ح ۱۶ و فيهما«ما يطبخ».

۴- ۴) الكافى ج ۶ ص ۲۸ ضمن ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۰ ضمن ح ۴.

۵- ۵) التهذيب ج ۷ ص ۴۴۳ ضمن ح ۳۵.

و لا يعطيها إلا لأهل الولايه».

و فی حدیث یحیی بن أبی العلاء المتقدمه أیضا

«فأكلوا و أهدوا إلی الجیران». و ظاهره إهداء اللحم من غیر طبخ.

و فی حدیث حفص الكناسی المروی فی الكافی (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام

«و یدعی نفر من المسلمین فیأكلون و یدعون للغلام».

و قال فی الفقیه (۲)«و إن شاء قسمها أعضاء كما هی،و إن شاء طبخها و قسم معها خبزا و مرقا و لا یعطیها إلا لأهل الولایه».

أقول:و قد تلخص من ذلک جواز الجمع إلا أن الأفضل الطبخ فی منزله و أن یضیف إلی اللحم شیئا من خبز أو أرز أو بعض الحبوب و أن یدعو لها المؤمنین فی منزله،و أن أقل من یدعوه عشره لا أقل.

السابع [استحباب إعطاء القابله جزء من العقیقه]

لا ریب فی استحباب إعطاء القابله جزء من العقیقه إذا لم تكن من العیال كما صرحت به روایه أبی خدیجه المتقدمه لأن العیال لا یأكلون منها كما تقدم.

بقی الكلام فی تعیین ما تعطی،و الروایات فی ذلک لا تخلو من اختلاف، ففی روایه أبی خدیجه المتقدمه ثلث العقیقه.و قد تقدم أیضا

فی حدیث یحیی ابن أبی العلاء فی عقیقه الحسنین علیهما السلام

«و بعثوا برجل شاه إلی القابله».

و فی روایه أبی بصیر المتقدمه أیضا

«و یبعث إلی القابله بالرجل مع الورک». و فی روایته الثانیه مما حذفناه منها

«و أعط القابله طائفا من ذلک» (۳). و هو إما بالفاء بعد

۱- ۱) الكافی ج ۶ ص ۲۸ ضمن ح ۵ و ص ۲۹ ضمن ح ۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۲ ضمن ح ۱۲.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۳۱۳ ضمن ح ۸.

۳- ۳) أقول:قد ورد فی حدیث العامه مثل ذلک و وجهوه بالوجهین،قال فی النهایه: و فی حدیث عمران بن حصین«أن غلاما أبق له فقال:لأقطعن منه طابقا ان قدرت علیه» أی عضوا،و جمعه طوابق-ثم قال فی الطاء مع الیاء المثناه و الفاء أخیرا بعد ذکره فی الحدیث المذکور طائفا-هکذا جاء فی الروایه«أی بعض أطرافه و الطائفه:القطعه من الشیء،و روی بالباء و القاف و قد تقدم»انتهی.(منه-قدس سره-).

الياء المهموزه،أو بالباء الموحده ثم القاف كما ذكره فى النهايه (۱)و هو عباره عن العضو أو القطعه.

و فى موثقه عمار (۲)عن أبى عبد الله عليه السلام

«و يعطى القابله ربعها و إن لم تكن قابله فلأمه تعطيه من شاءت-إلى أن قال:-و إن كانت القابله يهوديه لا تأكل من ذبيحه المسلمين أعطيت قيمه ربع الكبش».

و فى روايه حفص الكناسى (۳)

«و اهدى إلى القابله الرجل مع الورك». و نحوها موثقه سماعه (۴)و حسنه الكاهلى (۵)و أكثر هذه الأخبار على الرجل و الورك،و الظاهر أن العمل بكل من هذه الأخبار حسن،و أما ما اشتمل عليه موثقه عمار من أنه مع عدم القابله فلأمه تعطيه من شاءت فهو مما صرح به الأصحاب أيضا.

قال فى المسالك (۶):و المراد أن الأب يعطيها حصه القابله إن كان هو الذابح للعقيقه و تصدق به،لأنه يكره أن تأكل منها،و فى قوله عليه السلام«تعطيها من شاءت» إشاره إلى أن صدقتها به لا يختص بالفقراء بل تتأدى السنه بصدقتها على الغنى و الفقير،انتهى.

الثامن [العقيقه عن نفسه لو لم يعق الأب عنه]

قد ذكروا أنه لو لم يعق الأب عنه عق عن نفسه بعد البلوغ،و تدل عليه الأخبار المتقدمه المصرحه بوجوبها و أنه مرتهن بها،فيبقى تحت عهده الأمر حتى يحصل الامتثال،و قد تقدم فى الموضع الأول

فى موثقه سماعه (۷)

أن الرجل

۱- ۱) النهايه لابن الأثير ج ۳ ص ۱۵۳«طيف»و ص ۱۱۴«طبق».

۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۲۸ ضمن ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۰ ضمن ح ۴.

۳- ۳) الكافى ج ۶ ص ۲۸ ضمن ح ۵ و ص ۲۹ ضمن ح ۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۲ ضمن ح ۱۲.

۴- ۴) الكافى ج ۶ ص ۲۸ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۰ ح ۶.

۵- ۵) الكافى ج ۶ ص ۲۹ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۰ ح ۵.

۶- ۶) مسالك الافهام ج ۱ ص ۵۷۹.

۷- ۷) الكافى ج ۶ ص ۳۹ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۳ ح ۱.

إذا لم يعق عن ولده و قد كبر أنه إذا ضحى عنه أو ضحى الولد عن نفسه فقد أجزأ عن العقيقه، و مفهومه أنه لو لم يضح عن نفسه و لا ضحى عنه أبوه فالخطاب باق.

و يؤيده ما ورد من أنه مع الشك فى أن أباه هل عق عنه أم لا؟فإنه يستحب له أن يعق عن نفسه كما تقدم فى صحيحه عمر بن يزيد (۱)بطريق الفقيه المذكوره فى الموضع الأول.و قد صرحوا أيضا بأنه لو مات الصبى فى اليوم السابع فإن مات قبل الزوال سقطت و إن مات بعده لم يسقط.

و على ذلک تدل ما رواه

فی الکافی و الفقیه (۲)عن إدريس بن عبد الله قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مولود يولد فيموت يوم السابع هل يعق عنه؟قال:

إن كان مات قبل الظهر لم يعق عنه،و إن مات بعد الظهر عق عنه».

التاسع:فيما يستحب أن يقال وقت الذبح

،

فروى فى الكافى (۳)عن الكرخى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«تقول على العقيقه إذا عققت:بسم الله و بالله اللهم عقيقه عن فلان لحمها بلحمه و دمها بدمه و عظمها بعظمه،اللهم اجعله وقاء لآل محمد صلى الله عليه و عليهم».

و عن يونس (۴)عن بعض أصحابه عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«إذا اذبحت فقل:بسم الله و بالله و الحمد لله و الله أكبر إيمانا بالله و ثناء على رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و العصمه لأمره و الشكر لرزقه و المعرفه بفضله علينا أهل البيت،فإن كان ذكرا فقل:اللهم إنك وهبت لنا ذكرا و أنت أعلم بما وهبت،و منك ما أعطيت و كل ما صنعنا،فتقبله على سنتك و سنه نبيك و رسولك صلى الله عليه و آله و سلم و اخسأ عنا الشيطان الرجيم،لك سفكت الدماء لا شريك لك و الحمد لله رب العالمين». قوله«بفضله علينا أهل البيت»المراد

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۳۱۲ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴۵ ب ۳۹ ح ۱.
۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۳۹ ح ۱،الفقيه ج ۳ ص ۳۱۴ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۰ ح ۱.
۳- ۳) الكافى ج ۶ ص ۳۰ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۴ ح ۱.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۳۰ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۵ ح ۴.

به أهل بيت نفسه كما نبه عليه بعض المحدثين.

و عن سهل (۱)عن بعض أصحابه رفعه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«نقول علی العقیقه»و ذکر مثله و زاد فیه«اللهم لحمها بلحمه و دمها بدمه و عظمها بعظمه و شعرها بشعره و جلدها بجلده،اللهم اجعله وقاء لفلان بن فلان».

و روی فی الکافی و الفقیه (۲)عن عمار الساباطی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« إذا أردت أن تذبح العقیقه قلت یٰا قَوْمِ إِنِّی بَرِیءٌ مِمّٰا تُشْرِکُونَ، إِنِّی وَجَّهْتُ وَجْهِیَ لِلَّذِی فَطَرَ السَّمٰاوٰاتِ وَ الْأَرْضَ حَنِیفاً مسلما وَ مٰا أَنَا مِنَ الْمُشْرِکِینَ ، إِنَّ صَلاٰتِی وَ نُسُکِی وَ مَحْیٰایَ وَ مَمٰاتِی لِلّٰهِ رَبِّ الْعٰالَمِینَ لاٰ شَرِیکَ لَهُ وَ بِذٰلِکَ أُمِرْتُ و أنا من المسلمین،اللهم منک و لک بسم الله و بالله و الله أکبر اللهم صل علی محمد و آل محمد،و تقبل من فلان بن فلان،و تسمی المولود باسمه ثم تذبح».

و روی فی الکافی (۳)بسنده عن محمد بن زیاد عن أبی عبد الله علیه السلام،و فی الفقیه (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«یقال عند العقیقه:اللهم منک و لک ما وهبت و أنت أعطیت،اللهم فتقبل منا علی سنه نبیک صلی الله علیه و آله و سلم،و نستعیذ بالله من الشیطان الرجیم،و تسمی و تذبح،و تقول:لک سفکت الدماء لا شریک لک و الحمد لله رب العالمین،اللهم اخسأ الشیطان الرجیم».

و روی فی الکافی (۵)عن الکاهلی فی الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام

«قال فی العقیقه:

إذا ذبحت تقول وَجَّهْتُ وَجْهِیَ لِلَّذِی فَطَرَ السَّمٰاوٰاتِ وَ الْأَرْضَ حَنِیفاً مسلما

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۳۱ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۵ ح ۵.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۳۱ ح ۴،الفقیه ج ۳ ص ۳۱۴ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۴ ب ۴۶ ح ۲.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۳۱ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۵ ح ۳ و فیهما«محمد بن مارد».
۴- ۴) الفقیه ج ۳ ص ۳۱۴ ح ۱۵ و فیه«اخسأ عنا»،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۵ ح ۳.
۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۳۱ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵۶ ح ۶.

وَ مٰا أَنَا مِنَ الْمُشْرِكِينَ ، إِنَّ صَلاٰتِی وَ نُسُکِی وَ مَحْیٰایَ وَ مَمٰاتِی لِلّهِ رَبِّ الْعٰالَمِینَ لاٰ شَرِیکَ لَهُ ،اللهم منک و لک،اللهم هذا عن فلان بن فلان».

و قال الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی (۱)

«فإن أردت ذبحه فقل:بسم الله و بالله منک و بک و لک و إلیک عقیقه فلان بن فلان علی ملتک و دینک و سنه نبیک محمد صلی الله علیه و آله و سلم،باسم الله و بالله و الحمد لله و الله أکبر إیمانا بالله و ثناء علی رسول الله، و العصمه بأمره و الشکر لرزقه و المعرفه لفضله علینا أهل البیت،فإن کان ذکرا فقل:اللهم أنت وهبت لنا ذکرا و أنت أعلم بما وهبت و منک ما أعطیت و لک ما صنعنا،فتقبله منا علی سنتک و سنه نبیک صلی الله علیه و آله و سلم فاحتبس عنا الشیطان الرجیم، و لک سفکت الدماء و لوجهک القربات لا شریک له».

تکمله فی الرضاع

اشاره

و الکلام فیها یقع فی موردین

[المورد] الأول فی الرضاع نفسه

اشاره

،و الکلام فیه یقع فی مواضع:

الأول [فی أن أفضل ما یرضع به الصبی لبن أمه]

قالوا:إن أفضل ما یرضع به الصبی لبن أمه لأنه أوفق بمزاجه و أنسب بطبعه،و هو غذاؤه فی بطن امه.

أقول:و یدل علیه ما رواه

الکافی (۲)عن طلحه بن زید عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال أمیر المؤمنین علیه السلام:ما من لبن یرضع به الصبی أعظم برکه علیه من لبن أمه».

الثانی [فی أنه لا یجب علی الأم إرضاع الولد]

المعروف من كلام الأصحاب أنه لا يجب على الأم إرضاع الولد.

و استدل عليه مضافا إلى الأصل بقوله عز و جل« فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ . وَ إِنْ تَعٰاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرىٰ » (۳)و لو كان الرضاع واجبا عليها

ص: ۷۱

---

۱ - ۱) فقه الرضا ص ۲۳۹،مستدرك الوسائل ج ۲ ص ۶۲۱ ب ۳۳ ح ۱ و فيهما«فاخنس -فاخسأ خ ل-»و كذلك«سكب»بدل«سفكت».

۲- ۲) الكافي ج ۶ ص ۴۰ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۵ ح ۲.

۳- ۳) سوره الطلاق-آيه ۶.

لما حسن أن يقال «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكَمْ» إلا أنه يشكل ذلك بأن مورد الآيه كما ينادى به سياق الكلام إنما هو المطلقه البائن،و عدم الوجوب هنا مما لا خلاف فيه.

قال فى كتاب مجمع البيان (۱)«فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» أى و إن أرضعن الولد لأجلكم بعد البينونه فاعطوهن أجر الرضاع يعنى اجره المثل.

انتهى،و هذا الكلام فى الآيه الثانيه،فإن السياق كله إنما هو فى المطلقه، و حينئذ فاستدلال أصحابنا بهاتين فى المقام لا يخلو من نظر،إذ محل البحث إنما هو الزوجه.

و الأظهر الاستدلال على ذلك بما رواه

فى الكافى (۲)عن سليمان بن داود المنقرى قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرضاع،قال:لا تجبر المرأه على إرضاع الولد و تجبر أم الولد». و هو صريح فى المراد.

الثالث [تقييد الحكم المذكور بوجود الأب و.]

يجب تقييد الحكم المذكور كما نبه عليه غير واحد من الأصحاب بأن ذلك مشروط بوجود الأب و قدرته على دفع الأجره،أو عدم تبرعها،أو وجود مال للولد و وجود مرضعه سواها،و إلا وجب ذلك عليها كما يجب عليها الإنفاق عليه إذا كان الأب معسرا أو مفقودا.

الرابع [عدم الفرق بين اللبأ و غيره]

إطلاق كلام أكثر الأصحاب يقتضى عدم الفرق بين اللبأ،و هو أول ما يحلب بعد الولاده و غيره عملا بإطلاق الدليل،و أوجب جماعه منهم العلامه فى القواعد و الشهيد إرضاعها اللبأ،محتجين بأن الولد لا يعيش بدونه،و رده جمع ممن تأخر عنهما بأنه ممنوع بالوجدان.

۱- ۱) مجمع البيان ج ۱۰ ص ۳۰۹.

۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۴۰ ح ۴،التهذيب ج ۸ ص ۱۰۷ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۵ ب ۶۸ ح ۱.

قال فی المسالک (۱):و لعلهم أرادوا الغـالب،أو أنه لاـ یقوی و لا یشـتد بنیته إلا به،ثم إنه علی القول بالوجوب هل تسـتحق الأم اجره علیه من الأب أو من الولد إن کان له مال أم لا؟قولان:و الأول مذهب الأکثر مسـتندین إلی إطلاق قوله تعالی «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَکُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» و بالثانی قطع المقداد فی کنز العرفان محتجا بأنه واجب،و لا یجوز أخذ الأجره علی الواجب.

قال فی المسالک (۲):و کلیته ممنوعه،فإن مالک الطعام یلزمه بـذله للمضـطر، و لکن بالعوض باعتراف هذا القائل،و إن کان فیه خلاف أیضا،انتهی.

و توضـیحه أن الممتنع هو أخـذ الأـجره علی نفس العمـل الـذی یجب علیه القیام به،مثل تغسـیل الموتی و دفنهم و نحو ذلک لا أخذ عوض ما یجب بذله کدفع المال إلی المضطر،و اللبأ من قبیل الثانی لا الأول.

و أنت خبیر بأن قضـیه الوجوب سـقوط الأجره إلا أن یقوم دلیل علی خلاف ذلک،و الآیه المـذکوره لیست من محل البحث فی شیء،فإن المـدعی وجوب الإرضاع علیها،و الآیه المـذکوره قد عرفت أن موردها المطلقه البائنه و عدم الوجوب علیها ظاهر،و ما ذکروه من بـذل الطعـام للمضـطر إن وجـد مـا یـدل علی مـا ادعوه من الأخبار فلا إشـکال،و إلا فللمناقشه فیما ذکروه مجال،و لا یحضرنی الآن شیء من الأخبار المتعلقه بهذه المسأله.

الخامس [فی جواز استئجار الأب الأم للرضاع إذا کانت مطلقه بائنه]

لاـ خلاف و لا إشـکال فی جواز استئجار الأب الأم للرضاع إذا کانت مطلقه بائنه،لأن منافعها مملوکه لها و لا تعلق للأب بها،إنما الخلاف فیما لو کانت زوجه،فالمشهور بین الأصحاب الجواز مستندین إلی عموم قوله «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَکُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» .

و فیه ما عرفت من أن مورد هـذه الآیه إنما هی المطلقه،فهی دلیل للأول من هذین الحکمین لا للثانی.نعم یدل علی ذلک أصاله الجواز لأنک قد عرفت

۱- ۱) مسالک الافهام ج ۱ ص ۵۸۰.

۲- ۲) مسالک الافهام ج ۱ ص ۵۸۰.

بـالخبر المتقـدم أن الإرضـاع غير واجب عليهـا،فكمـا يجوز استئجارهـا لا رضاع غيره فكـذا لا رضاعه،و منع الشـيخ فى المبسوط (۱)من استيجـار الزوج بها،و كـذا منع من استئجارها لخـدمته و خـدمه غيره و إرضاع ولـد غيره،مسـتندا إلى أن زوجها قـد ملك الاسـتمتاع بها فى كل وقت إلا ما اسـتثنى من أوقات الصـلاه و الصـيام، فما عقـدت عليه من المنافع لا يقـدر على إيفائه،و إذا لم تقدر على إيفائه كان العقد باطلا،كما لو آجر نفسه شهرا ثم آجرها ذلك الشهر بغير المستأجر.

و أجيب بمنع ملـك الزوج لجميـع منافعهـا و إنمـا ملـك الاسـتمتاع و لاـ يلزم من اسـتحقاقه فى جميـع الأوقـات ملـك غيره من المنافع،و ما ذكره الشيخ قول لبعض العامه و لا ريب فى ضعفه.

السادس [عدم جواز إرضاع غيره لو استئجرت لإرضاع ولدها]

لاـ يخفى أنه على تقـدير القول المشـهور من جواز استئجارهـا لإرضـاع ولـدها،فإن تعلقت الإجاره بها نفسـها لم يكن لها إرضاع غيره،فإن فعلت فلا اجره لها،و إن تعلقت بها و بغيرها بأن كان الاستئجار على تحصـيل الرضاع كيف اتفق بها أو بغيرها جاز،و مع عدم تعيين أحد الأمرين بأن أطلق إشكال،و لا يبعد إلحاقه بالقسم الأول،لأنه الذى ينصرف إليه ظاهر الإطلاق،و المشهور على ما ذكره فى المسالـك (۲)جواز إرضاعهـا له بنفسـها و غيرها،قال:لأنها حينئـذ أجير مطلق،و من شأنه جواز تحصـيل المنفعه بنفسه و غيره.انتهى،و الأقرب الأول و هو اختيار سبطه فى شرح النافع.

السابع [فى أن الأجره من مال الولد أو الأب]

ينبغى أن يعلم أن الأـجره من مـال الولـد إن كـان له مـال و إلا فعلى الأب،و ظاهر بعض العبارات أنه مع حياه الأب فالأجره على الأب،و مع موته فالأجره من مال المرتضع،و هو على إطلاقه غير جيد (۳)بل الوجه هو

۱- ۱) المبسوط ج ۶ ص ۳۶.
۲- ۲) مسالک الافهام ج ۱ ص ۵۸۰.
۳- ۳) لانه مع حياه الأب و وجود مال للولـد،فالولـد غنى لا يسـتحق على الأب نفقه فلا يجب على الأب شـىء و هو ظاهر.(منه- قدس سره-).

ما قدمنا ذكره.

و روى فى الكافى و التهذيب (۱)عن ابن أبى يعفور فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام

«أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى فى رجل توفى و ترك صبيا فاسترضع له أن أجر رضاع الصبى مما يرث من أبيه و امه».

و رواه الشيخ (۲)بطريق آخر و زاد فيه

«من حظه مما ورث من أبيه».

و روى فى التهذيب (۳)عن ابن أبى عمير عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قضى على عليه السلام فى صبى مولود مات أبوه أن رضاعه من حظه مما ورث من أبيه».

و روى فى الكافى (۴)عن عبد الله بن سنان فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى رجل مات و ترك امرأته و معها منه ولد فألقته على خادم لها فأرضعته،ثم جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصى،فقال:لها أجر مثلها و ليس للوصى أن يخرجه من حجرها حتى يدرك و يدفع إليه ماله».

و فى هذه الأخبار دلاله على عدم وجوب الرضاع على الام كما تقدم،و جواز استئجارها للرضاع كما هو المشهور،و ظاهر صحيحه عبد الله بن سنان استحقاقها الأجره و إن أرضعته بغيرها،و مقتضى كلامهم حمله على كون الاستئجار وقع كذلك أو كونه مطلقا إلا أن الخبر لا يخلو من الإجمال.

الثامن [فى أن الأم أحق برضاعه إذا تبرعت أو قنعت بما يطلب غيرها]

قد صرحوا بأن الأم أحق برضاعه إذا تبرعت أو قنعت بما يطلب غيرها،و لو طلبت زياده على ما يرضى به غيرها فللأب انتزاعه منها،و يدل على

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۴۱ ح ۵،التهذيب ج ۷ ص ۴۴۷ ح ۵۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۹ ح ۲.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۱۰۶ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۹ ح ۳.

۳- ۳) التهذيب ج ۹ ص ۲۴۴ ح ۳۹.

۴- ۴) الكافى ج ۶ ص ۴۱ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۸ ب ۷۱ ح ۱ و فيهما«امرأة».

الحکم الأول أعنی أحقیتها بالرضاع إذا تبرعت أو قنعت بما یطلب غیرها قوله سبحانه «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَکُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» (۱)فإن الآیه شامله لهاتین الصورتین.

و روایه أبی بصیر (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سمعته یقول:المطلقه الحبلی ینفق علیها حتی تضع حملها،و هی أحق بولدها أن ترضعه بما تقبله امرأه أخری، یقول الله تعالی «لاٰ تُضَارَّ وٰالِدَهٌ بِوَلَدِهٰا وَ لاٰ مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَ عَلَی الْوٰارِثِ مِثْلُ ذٰلِکَ» (۳).

لا یضار الصبی و لا تضار به فی رضاعه،و لیس لها أن تأخذ فی رضاعه فوق حولین کاملین،فإن أراد الفصال عن تراض منهما کان حسنا،و الفصال هو الفطام».

و علی الحکم الثانی و هو انتزاعه منها لو طلبت الزیاده قوله تعالی «وَ إِنْ تَعٰاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْریٰ» (۴).

و یدل علی الحکمین معا ما رواه

الشیخ (۵)عن أبی الصباح الکنانی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا طلق الرجل المرأه و هی حبلی أنفق علیها حتی تضع حملها و إذا وضعته أعطاها أجرها و لا یضارها إلا أن یجد من هو أرخص منها أجرا فإن هی رضیت بذلک الأجر فهی أحق بابنها حتی تفطمه».

و عن أبی العباس (۶)عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه قال:فإن قالت المرأه لزوجها الذی طلقها:أنا أرضع ابنی بمثل ما تجد من یرضعه فهی أحق به». و هذه الروایه دلیل علی الصوره الثانیه من الحکم الأول.

و حکی الشیخ فی الخلاف قولا بأن الأم أحق بالولد متی طلبت اجره المثل

۱- ۱) سوره الطلاق-آیه ۶.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۳۲۹ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۸ ب ۷۰ ح ۷ و فیهما«لا یضار بالصبی و لا یضار بأمه».

۳- ۳) سوره البقره-آیه ۲۳۳.

۴- ۴) سوره الطلاق-آیه ۶.

۵- ۵) التهذیب ج ۸ ص ۱۰۶ ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹۱ ح ۲.

۶- ۶) التهذیب ج ۸ ص ۱۰۵ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹۱ ح ۳.

و إن وجد الأب من يأخذ أقل أو يتبرع،تمسكا بإطلاق الآيه المتقدمه و الأخبار المذكوره ترده كما عرفت.

التاسع [فی أن للمولی إجبار أمته علی الرضاع]

لا خلاف و لا إشكال فی أن للمولی إجبار أمته علی الرضاع لأنها مع جمیع منافعها ملك له سواء فی ذلك منافع الاستمتاع و غیرها،بخلاف الزوجه حیث اختص الاستحقاق بمنافع الاستمتاع و لا فرق فی ذلك بین أم الولد و غیرها، و قد تقدم فی الموضع الثانی

قوله علیه السلام فی روایه المنقری (۱)

«و تجبر أم الولد».

و ذكر أم الولد لا یقتضی نفی ذلك عن غیرها.

العاشر [فی استحباب الإرضاع من الثديين معا]

ظاهر بعض الأخبار استحباب الإرضاع من الثديين معا،و هذا الحكم لم یتعرض له أحد من الأصحاب فیما أعلم،و یدل علیه ما رواه

فی الكافی (۲)عن محمد بن العباس بن الولید عن أبیه عن امه أم إسحاق بنت سلیمان

«قالت:نظر إلی أبو عبد الله علیه السلام و أنا أرضع أحد ابنی محمدا أو إسحاق،فقال،یا أم إسحاق لا ترضعیه من ثدی واحد و أرضعیه من كلیهما،یكون أحدهما طعاما و الآخر شرابا»، و رواه

فی الفقیه (۳)مرسلا قال:

«نظر الصادق علیه السلام إلی أم إسحاق و هی ترضع أحد ابنیها»الحدیث.

قال فی الوافی (۴):لما كان فی الجدید لذه كان اللبن الجدید مما یسیغ القدیم كما أن الشراب یسیغ الطعام،فصح بهذا الاعتبار أن یكون أحدهما بمنزله الطعام و الآخر بمنزله الشراب،انتهی.

و روی فی الفقیه (۵)بإسناده عن محمد بن علی الكوفی عن إسماعیل بن مهران عن مرازم عن جابر بن یزید عن جابر بن عبد الله الأنصاری قال:

«قال رسول الله

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۴۱ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۵ ب ۶۸ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۴۰ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۶ ب ۶۹ ح ۱.

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۳۰۵ ح ۴.

۴- ۴) الوافی ج ۳ ص ۲۰۷ ب ۲۲۰.

۵- ۵) الفقیه ج ۴ ص ۲۹۶ ح ۷۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۶ ب ۶۹ ح ۲.

صلی الله علیه و آله و سلم:إذا وقع الولد فی بطن امه-إلی أن قال:-و جعل الله تعالی رزقه فی ثدی امه أحدهما شرابه و فی الآخر طعامه»الخبر.

الحادی عشر [حکم ما لو ادعی الأب وجود متبرعه و أنکرت الأم]

قال فی الشرائع (1):لو ادعی الأب وجود متبرعه و أنکرت الأم فالقول قول الأب،لأنه قد یدفع عن نفسه وجوب الأجره.علی تردد.قال فی المسالک (2):منشأ التردد من کون الام منکره لما یدعیه من وجود المتبرعه، و الأصل عدمه،فیکون القول قولها لأنه المدعی،و لأن الحق ثابت لها و هو یدعی إسقاطه بوجود المتبرعه،و الأصل عدم سقوطه إلی أن یثبت،و مما ذکره المصنف من أن الأم تدعی شغل ذمه الأب بالأجره و هو ینفی ذلک عن نفسه، و الأصل براءه ذمته منها،و لأنه یعسر علیه إقامه البینه علی ما یقوله فیصدق بیمینه و هو قول الشیخ فی المبسوط و هو الأشهر،انتهی.

أقول:الظاهر أن الأنسب بقواعدهم و الأقرب إلی ضوابطهم هو ما قرره الشارح أولا،فإن مقتضی صوره النزاع التی فرضوها هو أن الأب ادعی وجود متبرعه و الام أنکرت،فالأب هو المدعی و الام هی المنکره،فیجب العمل بمقتضی القاعده المنصوصه فیهما کما فی کل مدع و منکر،و قضیه ذلک أن القول قول الام بیمینها،و أما جعل الام مدعیه-لأنها تدعی شغل ذمه الأب بالأجره، و هو منکر لأنه ینفی بذلک عن نفسه-و لیس هو صوره الدعوی التی فرضوها، و إنما ذلک من لوازمها علی أنه لا معنی لدعوی الام شغل ذمه الأب بالأجره قبل الرضاع،لأن هذا النزاع إنما وقع فی أول الأمر قبل دفع الولد إلیها،و قبل تعیین الأجره بأمره،و مرجعه إنما هو إلی دعوی شغل الذمه لو أرضعت بعد دفع الولد إلیها.

و بالجمله فإن عد الام مدعیه و الأب منکرا بهذا التقریب الذی ذکروه

1- 1) شرائع الإسلام ص 566 الطبعه الثالثه سنه 1403 ه،و فیه«لانه یدفع».

2- 2) مسالک الافهام ج 1 ص 581.

-مع كون صوره النزاع الذى فرضوه إنما هو على الوجه الذى عرفت-لا يخلو من غموض و إشكال.

المورد الثانی:فی مدته

اشاره

،و الکلام فیه أیضا یقع فی مواضع:

الأول [فی أن مده الرضاع حولان کاملان]

لا خلاف نصا و فتوی فی أن مده الرضاع المحدوده شرعا و إن جاز النقیصه عنها و الزیاده علیها حولان کاملان.

و یدل علی ذلک قوله تعالی «وَ الْوٰالِدٰاتُ یُرْضِعْنَ أَوْلاٰدَهُنَّ حَوْلَیْنِ کٰامِلَیْنِ لِمَنْ أَرٰادَ أَنْ یُتِمَّ الرَّضٰاعَةَ» (۱)و ما سیأتی من الأخبار المذکوره فی المقام إن شاء الله تعالی.

الثانی [جواز الاقتصار علی أحد و عشرین شهرا] :

قد صرح الأصحاب بجواز الاقتصار علی أحد و عشرین شهرا لا أقل لظاهر قوله تعالی «وَ حَمْلُهُ وَ فِصٰالُهُ ثَلاٰثُونَ شَهْراً» (۲)فإذا حملت به تسعه أشهر کما هو الغالب کان الباقی للرضاع أحدا و عشرین شهرا.

و یدل علی ذلک أیضا جمله من الأخبار منها ما رواه

فی التهذیب (۳)عن عبد الوهاب بن الصباح قال:

«قال أبو عبد الله علیه السلام:الفرض فی الرضاع أحد و عشرون شهرا،فما نقص عن أحد و عشرین شهرا فقد نقص المرضع،فإن أراد أن یتم الرضاعه له فحولین کاملین».

و ما رواه

فی الکافی (۴)عن سماعه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«الرضاع أحد و عشرون شهرا فما نقص فهو جور علی الصبی».

و ظاهر الخبرین تحریم ما نقص عن أحد و عشرین کما هو ظاهر الأصحاب أیضا لحکمه فی الأول بأن الأحد و عشرین هو الفرض،و فی الثانی بأن ما نقص منه جور و ظلم للصبی.

۱- ۱) سوره البقره-آیه ۲۳۳.

۲- ۲) سوره الأحقاف-آیه ۱۵.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۰۶ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۷ ح ۲.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۴۰ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۷ ح ۵ و فیهما«واحد و عشرون».

و استشكل ذلك فى شرح النافع فقال:و لو قيل بجوازه إذا اقتضت مصلحه الولد ذلك و تراضى عليه الأبوان لم يكن بعيدا،قال:و يدل عليه ما رواه

الشيخ (۱)فى الصحيح عن الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«ليس للمرأه أن تأخذ فى رضاع ولدها أكثر من حولين كاملين،فإن أرادا الفصال قبل ذلك عن تراض منهما فهو حسن».

أقول:الظاهر أن الوجه فى الجمع بين هذا الخبر و الخبرين الأولين هو تخصيص النقصان فى هذا الخبر بما لا يبلغ النقصان عن ذلك الحد،فإن الخبرين الأولين ظاهران بل صريحان فى تحريم النقص عن ذلك المقدار.

بقى هنا شىء يجب التنبيه عليه و هو:أنه قد تقدم فى المسأله الاولى من المقام الأول الاستدلال بهذه الآيه،أعنى قوله «وَ حَمْلُهُ وَ فِصٰالُهُ ثَلاٰثُونَ شَهْراً» على أن أقل الحمل سته أشهر،و أقصى الفصال عامان،و هنا قد استدلوا بها على أن أقصى الفصال أحد و عشرون شهرا،و أن يشكل أيضا ذلك على تقدير القول بأن أقصى الحمل سنه،و القول بأن أقصاه عشره أشهر،و جواز أن تضعه لسبعه أشهر،و فى جميع هذه الصور لا يتم أن الفصال أحد و عشرون شهرا،و لهذا نقل عن ابن عباس أن من ولد لسته أشهر ففصاله فى عامين،و من ولد لسبعه فمده رضاعه ثلاثه و عشرون شهرا،و من ولد لتسعه هو أحد و عشرون.

قال فى المسالك (۲):و هو قول موجه جامع بين الآيات.

أقول:و الأظهر عندى عدم الرجوع فى الاستدلال فى هذه المسأله إلى الآيه المذكوره بل الاعتماد على الأخبار التى ذكرناها،و المستفاد من النصوص الوارده فى تفسير هذه الآيه أن نزولها كان فى الحسين عليه السلام كما ينادى به سياق الكلام فى الآيه قبل هذا الموضع و بعده،و لا بأس بذكر خبر من تلك الأخبار.

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۱۰۵ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۷ ب ۷۰ ح ۱.

۲- ۲) مسالك الافهام ج ۱ ص ۵۸۰.

و هو ما رواه

فی الکافی (۱)بسنده إلی أبی خدیجه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« لما حملت فاطمه علیها السلام بالحسین علیه السلام جاء جبرئیل إلی رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فقال:إن فاطمه ستلد غلاما تقتله أمتک من بعدک فلما حملت فاطمه الحسین علیه السلام کرهت حمله،و حین وضعت کرهت وضعه،ثم قال أبو عبد الله علیه السلام:لم تر فی الدنیا أم تلد غلاما تکرهه،و لکنها کرهت لما علمت أنه سیقتل،قال:و فیه نزلت هذه الآیه «وَ وَصَّیْنَا الْإِنْسٰانَ بِوٰالِدَیْهِ إِحْسٰاناً حَمَلَتْهُ أُمُّهُ کُرْهاً وَ وَضَعَتْهُ کُرْهاً وَ حَمْلُهُ وَ فِصٰالُهُ ثَلاٰثُونَ شَهْراً» (۲). و نحوه غیره،و علی هذا فمحل الاستدلال بالآیه إنما هو ما قدمناه فی المسأله الاولی من المقام الأول من هذا المقصد،و جمیع ما ذکره من الإشکالات و الاحتمالات فی الآیه باعتبار الاستدلال بها فی هذا المقام فهو نفخ فی غیر ضرام.

الثالث [فی جواز الزیاده علی الحولین شهرا و شهرین]

قد ذکروا أنه یجوز الزیاده علی الحولین شهرا و شهرین لا أکثر، و قیل:إنه مروی،و قد اعترف السید السند فی شرح النافع بأنه لم یقف علی الروایه،و هو کذلک،فإنا بعد الفحص و التتبع لم نقف علیها فی شیء من کتب الأخبار.

نعم

قد روی الکلینی (۳)و ابن بابویه فی الصحیح عن سعد بن سعد الأشعری عن أبی الحسن الرضا علیه السلام قال:

«سألته عن الصبی هل یرتضع أکثر من سنتین؟ فقال:عامین،قلت:فإن زاد علی سنتین هل علی أبویه من ذلک شیء؟قال:لا».

و ظاهر هذه الروایه جواز الزیاده علی الحولین مطلقا،و هم لا یقولون به، و الأمر بالحولین فی الآیه و الأخبار لا یقتضی المنع عما زاد.

الرابع [عدم استحقاق الأجره فی ما یجوز لها إرضاعه من الشهر و الشهرین]

قد صرحوا بأن ما یجوز لها إرضاعه من الشهر و الشهرین لا تستحق

۱- ۱) أصول الکافی ج ۱ ص ۴۶۴ ح ۳.

۲- ۲) سوره الأحقاف-آیه ۱۵.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۴۱ ح ۸،الفقیه ج ۳ ص ۳۰۵ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۱۰۷ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۷ ح ۴،و ما فی

المصادر«يرضع».

عليه اجره،و استشكله على إطلاقه فى المسالك (۱)بأنه إنما يتم على تقدير عدم حاجه الولد إليه،أما لو احتاج إليه لمرض و نحوه بحيث لا يمكن غذاؤه فيها بغير اللبن كان اللبن حينئذ بمنزله النفقه الضروريه،فعدم استحقاق الام عليه اجره مطلقا لا يخلو من نظر،إلا أن عمل الأصحاب و رواياتهم على ذلک،فلا مجال لخلافه.

أقول:من الروايات التى استند إليها الأصحاب فيما ذكروه ما تقدم فى

صحيحه الحلبى (۲)من قوله عليه السلام

«ليس للمرأه أن يأخذ فى رضاع ولدها أكثر من حولين كاملين».

و ما رواه

فى الكافى (۳)عن الحلبى فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث

«أنه نهى أن يضار الصبى أو تضار أمه فى رضاعه،و ليس لها أن تأخذ فى رضاعه فوق حولين كاملين،فإن أرادا فصالا عن تراض منهما قبل ذلک كان حسنا،و الفصال هو الفطام».

و قد تقدم فى روايه أبى بصير (۴)المذكوره فى الموضع الثامن من المورد الأول نحو ذلک.

و أنت خبير بأنه و إن كان ظاهر هذه الأخبار هو عدم جواز أخذ الأجره على هذه المده الزائده،إلا أنه يجب تخصيصها بصوره عدم الضروره للرضاع كما هو الغالب،و الأخبار إنما خرجت بناء على ذلک،و يؤيده قوله فى تلک الأخبار بعد هذه الكلام«فإن أرادا فصالا عن تراض قبل ذلک كان حسنا»فإن الكلام من أوله إلى آخره مبنى على صحه الولد و سلامته،و إلا فالمستفاد من الأخبار

۱- ۱) مسالک الافهام ج ۱ ص ۵۸۱.
۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۱۰۵ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۶ ب ۷ ح ۱.
۳- ۳) الكافى ج ۶ ص ۴۱ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۷ ح ۳.
۴- ۴) الفقيه ج ۳ ص ۳۲۹ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۸ ح ۷.

أن الضـرورات تبيح المحظورات،و حينئذ فيجب عليها رضاعه فى تلك المده لمكان الضـروره،و يجب على الأب الأجره حسبما قرره-رحمه الله-أولا.

و أمـا ما ذكره-رحمه الله عليه-من أن عمل الأصـحاب و رواياتهم على ذلك فلا مجال لخلافه،ففيه أن غايه ما يفهم من كلامهم و من الأخبار المذكوره هو إطلاق القول بالمنع من أخذ الأجره على هذه المده،و ليس فى شـىء منهما ما يدل صـريحا أو ظاهرا على أن الأمر كذلك فى صوره الاضـطرار إلى الرضاع هذه المده، فالجميع قابل للتقييد بما ذكرناه،فلا منافاه كما توهم،و إلى ما ذكرنـاه يميل كلام سبطه فى شـرح النافع حيث قال:و لو اضـطر الولـد إلى الرضاع بعـد الحولين لمرض و نحوه فالأقرب وجوب أجرتها على الأب لأن ذلك بمنزله النفقه الضروريه.

انتهى و هو جيد.

المقام الثالث:فى الحضانه

اشاره

،و الظاهر أن أصلها من حضن الطائر بيضه،أى ضمه تحت جناحه،قال فى كتاب المصباح المنير (۱)بعد ذكر المعنى المذكور:

و الحضانه-بالفتـح و الكسـر-اسم منه.و قال فى المسالك:هى-بفتـح الحاء- ولايه على الطفل و المجنون لفائده تربيته،و ما يتعلق بها من مصلحته من حفظه و جعله فى سريره و رفعه و كحله و رهنه و غسل خرقه و ثيابه و تنظيفه و نحو ذلك و هى بالأنثى أليق منها بالرجل،لمزيد شفقتها و خلقها المعد لذلك بالأصل،انتهى.

[الأخبار الوارده فى المقام]

و الواجب أولاـ نقـل مـا وصـل إلينـا من أخبـار المسأله،و كلام الأصـحاب فى المقام،و الكلام فى ذلك بما يسـر الله تعالى فهمه بتوفيقه و ببركه أهل الذكر عليهم السلام.

فمن الأخبار ما رواه

فى الكافى (۲)عن أبى العباس البقباق قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السـلام:الرجل أحق بولده أم المرأه؟فقال:لا بل الرجل،قال:فإن قالت المرأه لزوجها الذى طلقها أنا أرضع ابنى بمثل ما تجد من ترضعه فهى أحق به».

۱- ۱) المصباح المنير ج ۱ ص ۱۹۳.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۴۴ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹۱ ح ۳ و لیس فیهما«قال»الثانیه.

و فی معنی هذه الروایه روایات تقدمت فی الموضع الثامن من المورد الأول من التکمله فی الرضاع.

و فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«الحلبی المطلقه ینفق علیها حتی تضع حملها،و هی أحق بولدها حتی ترضعها بما تقبله امرأه اخری،إن الله عز و جل یقول «لاٰ تُضَارَّ وٰالِدَهٌ بِوَلَدِهٰا وَ لاٰ مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ» (۲)الحدیث.

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۳)عن المنقری عمن ذکره قال:

«سئل أبو عبد الله علیه السلام عن الرجل یطلق امرأته و بینهما ولد أیهما أحق بالولد؟قال:المرأه أحق بالولد ما لم تتزوج».

و رواه

فی الفقیه (۴)عن المنقری عن حفص بن غیاث أو غیره قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام»الحدیث.

و ما رواه

فی الفقیه (۵)عن عبد الله بن جعفر فی الصحیح عن أیوب بن نوح قال:

«کتب إلیه بعض أصحابه أنه کانت لی امرأه و لی منها ولد فخلیت سبیلها فکتب علیه السلام:المرأه أحق بالولد إلی أن یبلغ سبع سنین إلا أن تشاء المرأه».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه (۶)عن داود بن الحصین عن أبی عبد الله علیه السلام

فی قوله تعالی «وَ الْوٰالِدٰاتُ یُرْضِعْنَ أَوْلاٰدَهُنَّ» قال:ما دام الولد فی الرضاع فهو بین الأبوین

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۰۳ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹۲ ح ۵.

۲- ۲) سوره البقره-آیه ۲۳۳.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۴۵ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۱۰۵ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹۱ ح ۴.

۴- ۴) الفقیه ج ۳ ص ۲۷۵ ح ۲ و فیه اختلاف یسیر.

۵- ۵) الفقیه ج ۳ ص ۲۷۵ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹۲ ح ۶.

۶- ۶) الکافی ج ۶ ص ۴۵ ح ۴،الفقیه ج ۳ ص ۲۷۴ ب ۱۲۷ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۰۴ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹۰ ب ۸۱ ح ۱.

بالسويه،فإذا فطم فالأب أحق به من الأم،فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصبه،فإن وجد الأب من يرضعه بأربعه دراهم و قالت الام:لا أرضعه إلا بخمسه دراهم فإن له أن ينزعه منها إلا أن ذلك خير له و أرفق به أن يذره مع أمه».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۱)عن داود الرقی قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن امرأه حره نکحت عبدا فأولدها أولادا،ثم إنه طلقها فلم تقم مع ولدها و تزوجت،فلما بلغ العبد أنها تزوجت أراد أن یأخذ ولده منها،و قال:أنا أحق بهم منک إذا تزوجت،فقال:لیس للعبد أن یأخذ منها ولدها،و إن تزوجت حتی یعتق هی أحق بولدها منه ما دام مملوکا،فإذا أعتق فهو أحق بهم منها».

و ما رواه

الصدوق (۲)فی الصحیح عن الحسن بن محبوب عن أبی أیوب عن الفضیل بن یسار عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«أیما امرأه حره تزوجت عبدا فولدت منه أولادا فهی أحق بولدها منه و هم أحرار،فإذا أعتق الرجل فهو أحق بولده منها لموضع الأب».

و ما رواه

فی الکافی (۳)فی الموثق عن جمیل و ابن بکیر جمیعا

«فی الولد من الحر و المملوکه،قال:یذهب إلی الحر منها».

و روی ابن الشیخ فی أمالیه (۴)عن أبیه عن أبی الصلت عن ابن عقده عن عبد الله ابن علی عن الرضا عن آبائه عن علی علیهم السلام

«أن النبی صلی الله علیه و آله و سلم قضی بابنه حمزه لخالتها،و قال:الخاله والده».

ص: ۸۵

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۴۵ ح ۵،التهذیب ج ۸ ص ۱۰۷ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۸۱ ب ۷۳ ح ۲ و فیها اختلاف یسیر.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۲۷۵ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۸۱ ح ۱.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۹۲ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۸۲ ب ۷۳ ح ۳.

۴- ۴) أمالی ابن الشیخ ص ۲۱۸ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۸۲ ب ۷۳ ح ۴.

و روی ابن إدریس فی مستطرفات السرائر (۱)من کتاب مسائل الرجال و مکاتباتهم من مولانا أبی الحسن علی بن محمد علیه السلام بروایه الجوهری و الحمیری عن أیوب بن نوح قال:

«کتب إلیه-یعنی بشار بن بشیر-:جعلت فداک رجل تزوج امرأه فولدت منه ثم فارقها،متی یجب له أن یأخذ ولده؟فکتب:إذا صار له سبع سنین،فإن أخذه فله،و إن ترکه فله».

هذا ما حضرنی من أخبار المسأله ،و الکلام فی هذا المقام بما یحیط بأطراف النقض و الإبرام یقع فی مسائل:

[المسأله] الأولی:فی الحضانه وقت الرضاع و بعده

،(أما)الأول فقد صرح جمله من الأصحاب بأن الأم أحق بالولد مده الرضاع قال فی المسالک:و لا خلاف فیه إذا کانت متبرعه أو رضیت بما تأخذ غیرها من الأجره.

أقول:و یدل علی ما ذکره جمله من هذه الروایات المنقوله هنا،و ما تقدم فی الموضع الثامن من المورد الأول من التکمله،إلا أن ابن فهد فی المهذب ادعی الإجماع أیضا علی اشتراک الحضانه بین الأبوین مده الرضاع،قال:وقع الإجماع علی اشتراک الحضانه بین الأبوین مده الحولین،و علی سقوطها بعد البلوغ،انتهی.

و یدل علی ما قاله

روایه داود بن الحصین (۲)و قوله علیه السلام فیها

«ما دام الولد فی الرضاع فهو بین الأبوین بالسویه». إلا أنها تضعف عن معارضه تلک الأخبار الداله علی القول الأول سندا و عددا.و بالجمله فإنه لا إشکال بعد دلاله هذه الأخبار علی أحقیه الأم به مده الرضاع إذا تبرعت أو رضیت بما رضی به غیرها.

و إنما الإشکال فیما إذا سقط حقها من الرضاعه و استرضع الأب غیرها بأن لم تتبرع و لم ترض بما رضی به غیرها،فإنه قد تقدم فی روایه داود بن الحصین أن للأب أن ینزعه منها،و حینئذ فإذا زال حقها من الرضاع فهل یزول

۱- ۱) السرائر ص ۴۷۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹۲ ح ۷.

۲- ۲) الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹۰ ب ۸۱ ح ۱.

أيضـا حقها من الحضانه أم يبقى؟قولان:و بالأول صـرح المحقق فى الشـرائع و إلى الثانى ذهب ابن إدريس فقال:لا يسـقط حقها من الحضانه،لأنهما حقان متغايران،فلا يلزم من سـقوط أحدهما سقوط الآخر،و هو قوى من حيث الاعتبار، إلا أن ظاهر قوله عليه السـلام فى روايه داود بن الحصـين أن للأب أن ينزعه منهما إن لم ترض بما رضـى به غيرها يرد ما ذكره،و يؤيـده أيضا مفهوم روايه أبى الصـباح الكنانى (۱)و روايه أبى العبـاس (۲)،و إلى القول بما ذهب إليه المحقق مال السـيد السـند فى شـرح النافع لما ذكرنـاه،و أيـده بمـا يلزم من الحرج فى تردد المرضـعه إلى الأم فى كل وقت يحتاج الولـد إلى الرضاع و العسـر المنفيين بالآيه و الروايه و ظـاهر جـده فى المسالـك و الروضه الميـل إلى مـا ذهب إليه ابن إدريس استضـعافا لروايه داود بن الحصـين،و إمكـان حملهـا على أن المراد نزعه من جهه الرضـاع لا مطلقـا،قـال:و الضـرر بـذلك لا يبلغ حـدا لإسـقاط الحق الثـابت،و حينئـذ فتأتى المرضـعه و ترضـعه عنـدها مع الإمكـان،فإن تعـذر حمل الصبى إلى المرضـعه وقت الإرضاع خاصه،فإن تعـذر جميع ذلك اتجه سقوط حقها من الحضانه للحرج و الضرر.

أقول:و الأقرب هو مـا ذهب إليه المحقق-رحمه الله عليه-لظاهر الروايات المـذكوره،و إن كان ما ذهب إليه ابن إدريس لا يخلو من قوه من حيث الاعتبار.

هذا بالنسبه إلى مده الحولين،(و أما)بعدهما فقيل:إن الأب أحق بالذكر و الام أحق بالأنثى حتى تبلغ سـبع سنين،و هو قول الشيخ فى النهايه و ابن إدريس و ابن البراج و ابن حمزه و المحقق.

و قيل:إن الأم أحق بالـذكر مده الحولين،و بالأنثى إلى تسع سـنين و هو قول الشـيخ المفيد (۳)و تلميذه سـلار و قيل:إن الأم أحق بالولد ما لم تتزوج،

۱- ۱) الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹۱ ب ۸۱ ح ۲.

۲- ۲) الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹۱ ب ۸۱ ح ۳.

۳- ۳) قـال فى المقنعه:و إذا فصـل الصبى من الرضـاع كـان الأب أحق بكفالته من الام، و الام أحق بكفاله البنت حتى تبلغ تسع سنين الا أن تتزوج،فان تزوجت كان الأب أحق بكفاله البنت حينئذ،انتهى.(منه-قدس سره-).

ذهب إليه الصدوق فى كتاب المقنع و قيل:إن الأم أحق بالبنت ما لم تتزوج، و بالصبى إلى سبع سنين،إختاره ابن الجنيد و الشيخ فى الخلاف محتجا بإجماع الفرقه و أخبارهم،و أنكر ابن إدريس فى سرائره هذا القول و بالغ فى رده فقال:

ما ذكره شيخنا فى مسائل خلافه قول بعض المخالفين،و ما اخترناه هو الصحيح، لأنه لا خلاف أن الأب أحق بالولد فى جميع الأحوال،و هو المولى عليه و القيم بأمره،فأخرجناه بالإجماع الحولين فى الذكر،و فى الأنثى السبع سنين،فمن ادعى أكثر من ذلك يحتاج إلى دليل قاطع،و هو مذهب شيخنا فى نهايته،و العجب قوله فى آخر المسأله«دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم»و هو مما يضحك به الثكلى، من أجمع منهم معه؟و أى خبر لهم فى ذلك؟بل أخبارنا بخلافه وارده،و إجماعنا بضد ما قاله-رحمه الله-و رد العلامه فى المختلف على ابن إدريس و بالغ فى تهجينه و الإزراء عليه بجرأته على الشيخ.

أقول:لا ريب أن كلام ابن إدريس جيد لكن الأولى الاقتصار على بيان المسأله من غير تعرض للإزراء بالشيخ-رحمه الله عليه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ما تضمنه القول الأول من أن الأب أحق بالذكر ظاهر من الأخبار المتقدمه الداله على اختصاص الام به مده الحولين،فإن مفهومها أنه بعد الحولين تصير الحضانه للأب،و أما ما تضمنه من أن الأم أحق بالأنثى حتى تبلغ سبع سنين فلم نقف له على نص صريح،و ليس فى الأخبار المتقدمه و هى أخبار المسأله كملا-مما يتضمن السبع إلا صحيحه أيوب بن روح و روايته المنقوله من مستطرفات السرائر،و ظاهرهما العموم لكل من الذكر و الأنثى، و أن الأم أحق بهما فى هذه المده،و إلى العمل بهذه الصحيحه على عمومها مال السيد السند فى شرح النافع،و الشيخ و من تأخر عنه حملوها على البنت جمعا بينها و بين ما دل على أن الذكر بعد الحولين تصير حضانته إلى الأب،و حينئذ فيصير الخبر باعتبار ذلك دليلا لما ذكره فى النهايه.

ص :٨٨

و أما القول الثانی فالوجه فی حکم الذکر ظاهر مما عرفت.و أما الأنثی و أنها فی حضانه الأم إلی تسع سنین فلم نقف علی خبر یدل علیه،و قد اعترف بذلک من تقدمنا أیضا،و لعل شیخنا المفید-رحمه الله علیه-وصل إلیه خبر بما ذکره و إن لم یصل إلینا.

و أما القول الثالث-و هو مذهب الصدوق-فیدل علیه روایه المنقری (۱)المتقدمه،و روایه حفص بن غیاث (۲)و الشیخ-رحمه الله-قد حمل الروایه تاره علی ما إذا کانت تکفله بما یکفله غیرها،قال:و یحتمل أن یکون المراد بالولد هنا الأنثی و یحتمل أن یکون المراد به ما لم یفطم.

و أما القول الرابع فقد عرفت ما فیه من کلام ابن إدریس،و الأقرب عندی فی الجمع بین أخبار المسأله هو أن یقال:إنه بعد الطلاق إن وقع التشاجر و النزاع بین الأبوین فی الحضانه فالظاهر أن الأب أحق به إلا فی مده الحولین إذا رضیت بما یرضی به غیرها،أو تبرعت،فإنها تصیر حینئذ أحق،و إلی ما ذکرنا من أحقیه الأب یشیر

قوله علیه السلام فی روایه البقباق (۳)بعد أن سأله:

الرجل أحق بولده أم المرأه؟فقال:بل الرجل،و إن لم یکن هناک تنازع بینهما فالأم أحق به إلی السبع ما لم تتزوج. و علی ذلک یحمل ما دل علی السبع علی عمومه،و یؤیده ما ورد فی جمله من الأخبار الداله علی ما ینبغی أن یفعل بالولد فی مبدأ نشوه و تربیته.

ففی خبر یونس (۴)عن رجل عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«دع ابنک یلعب سبع سنین و ألزمه نفسک سبعا،فإن أفلح و إلا فإنه لا خیر فیه».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۴۰ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷۵ ب ۶۸ ح ۱.
۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۲۷۵ ح ۲.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۴۴ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۰۵ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹۱ ح ۳.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۴۶ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹۳ ح ۱.

و فی الفقیه (۱)عن أمیر المؤمنین علیه السلام قال:

«یربی الصبی سبعا،و یؤدب سبعا و یستخدم سبعا».

و فی روایه یونس بن یعقوب (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«أمهل صبیک حتی یأتی له ست سنین،ثم ضمه إلیک سبع سنین،فأدبه بأدبک»الحدیث.

و فی روایه ابن أسباط (۳)عن عمه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إن الغلام یلعب سبع سنین،و یعلم الکتاب سبع سنین،و یتعلم الحلال و الحرام سبع سنین». فإنه لا یخفی أن السبع التی هی مده التربیه و اللعب إنما یکون عند الأم لأنها هی المربیه له،و إلیه یشیر قوله«ثم ضمه إلیک و ألزمه نفسک»یعنی بعد تلک السبع،و هو ظاهر فی أن الأب إنما یضمه إلی نفسه و تصیر الحضانه له بعد تلک السبع التی مضت للولد عند امه،و لا فرق فی ذلک بین الذکر و الأنثی.

المسأله الثانیه [فی شرائط حضانه الأم]

اشاره

قد صرح الأصحاب بأن حضانه الأم حیث تثبت لها الحضانه مشروطه بشروط:

الأول:أن تکون مسلمه

إذا کان الولد مسلما کولد المسلم المحکوم بالإسلام لإسلام أبیه،و علل بأن الحضانه ولایه،و لا ولایه للکافر علی المسلم،للآیه (۴)و بأنها تفتنه عن دینه لأنه ینشأ علی ما یألفه منها.

قالوا:و لو کان الولد کافرا تبعا لأبویه فحضانته علی ما فصل إن ترافعوا إلینا.

الثانی:أن تکون حره

،فلا حضانه لها لو کانت أمه لأن منافعها مملوکه

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۳۱۹ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹۵ ح ۵.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۴۶ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۱۱۱ ح ۲۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹۳ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۴۷ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۱۱۱ ح ۲۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹۴ ح ۱ و لیس فی المصادر«ان».

۴- ۴) سوره النساء-آیه ۱۴۱.

لسيدها،فهى مشغوله بخدمته عن الحضانه،و لأن الحضانه ولايه،و المملوك ليس أهلا لها.

أقول:و يؤيده بل يدل عليه ما تقدم من روايه داود الرقى (۱)و صحيحه الفضيل بن يسار (۲)و مقطوعه جميل و ابن بكير (۳)و التقريب فيها أنه رتب الولايه فى الحضانه على الحريه فمنع الأب من الحضانه ما دام رقا،و أنما يجوز له بعد الحريه مع ما عرفت آنفا من أن الحضانه للأب إلا فى مده الرضاع

الثالث:أن تكون عاقله

،فلا حضانه للمجنون لأن المجنون يحتاج إلى من يحضنه،فكيف يحضن غيره،قالوا:و لا فرق بين أن يكون الجنون مطبقا أو أدوارا،إلا أن يقع نادرا من غير أن تطول مدته فلا يبطل الحق،و فى إلحاق المرض المزمن الذى لا يجرى زواله كالسل و الفالج بحيث يشغل الألم عن كفالته و تدبير أمره وجهان:من اشتراكهما فى المعنى المانع من مباشره الحفظ،و أصاله عدم سقوط الولايه مع إمكان تحصيلها بالاستنابه،و لعل هذا أرجح.

قيل (۴)و لو كان المرض مما يعدى كالجذام و البرص فالأظهر سقوط حضانتها بذلك تحرزا من تعدى الضرر إلى الولد،و هو مبنى على الخبر الوارد

عنه صلى الله عليه و آله و سلم (۵)

«فر من المجذوم فرارك من الأسد». و يحتمل بناء على

خبر (۶)

«لا عدوى و لا طيره».

و خبر من ذا الذى أعدى الأول عدم سقوط الولايه،و الشهيد فى قواعده ذكر

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۴۵ ح ۵،التهذيب ج ۸ ص ۱۰۷ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۸۱ ب ۷۳ ح ۲.
۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۲۷۵ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۸۱ ح ۱.
۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۴۹۲ ح ۱،التهذيب ج ۷ ص ۳۳۵ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲۹ ح ۴.
۴- ۴) القائل السيد السند فى شرح النافع(منه-قدس سره-).
۵- ۵) الفقيه ج ۳ ص ۲۵۸ ح ۴،الوسائل ج ۸ ص ۴۳۱ ح ۲.
۶- ۶) الوسائل ج ۸ ص ۳۷۰ ب ۲۸ ح ۱.

هذا شرطا على حده.

الرابع:أن تكون فارغه من حقوق الزوج

،فلو تزوجت سقط حقها من الحضانه.

أقول:و يدل على هذا الشرط ما تقدم فی حديثی المنقری و حفص بن غياث الدالين على أن المرأه أحق بالولد ما لم تتزوج،و نقل الشهيد الثانی فی الروضه الإجماع على هذا الشرط و إطلاق النص،و كلام الأصحاب يقتضی أنه لا فرق فی سقوط حقها بالتزويج بين دخول الزوج و عدمه،و يحتمل اختصاص السقوط بحال الدخول لأنه الذی يحصل فيه الاشتغال بحقوق الزوج المانعه لها من الكفاله.

بقی الكلام فی أنه لو طلقت الام فهل تعود إليها الولايه لزوال المانع و هو التزويج؟أم لا لخروجها بالنكاح عن الاستحقاق فلا تعود إلا بدليل؟قولان:

أولهما للشيخ،و الثانی لابن إدريس،و الشيخ إنما استدل هنا بأخبار العامه، فاحتج بما رواه

أبو هريره (۱)

«أن النبی صلى الله عليه و آله و سلم قال:الأم أحق بحضانه ابنها ما لم تتزوج». قال:حد حقها بالتزويج،فإذا زال التزويج فالحق باق على ما كان.

و عن عبد الله بن عمر (۲)

«أن امرأه قالت:يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إن ابنی هذا كان بطنی له وعاء،و ثديی له سقاء و حجری له حواء،و أن أباه طلقنی و أراد أن ينزعه منی،فقال لها النبی صلى الله عليه و آله و سلم:أنت أحق به ما لم تنكحی».

احتج ابن إدريس بأن الحق خرج عنها بالنكاح و عوده يحتاج إلى دليل، و الرسول صلى الله عليه و آله و سلم جعل غايه الاستحقاق للحضانه التی تستحقها الام تزويجها،و هذه قد تزوجت.فخرج الحق منها.

و العجب من الشيخ فی استناده إلى هذه الأخبار العاميه،مع روايته للأخبار التی من طرق أهل البيت عليهم السلام فی كتب الحديث.

قال العلامه فی المختلف بعد نقل القولين المذكورين:و الوجه ما قاله

۱- ۱) سنن أحمد ج ۲ ص ۲۰۳ و فيه«عن عمرو بن العاص»مع اختلاف يسير.

٢- ٢) سنن ابن داود ج ٢ ص ٢٨٣ ح ٢٢٧٦.

الشیخ لأن الحضانه جعلت إرفاقا بالصبی،فإذا تزوجت الام خرجت باشتغالها بزوجها و حقوقه عن الحضانه للطفل،فلهذا سقطت،فإذا طلقت زال المانع فیبقی المقتضی سلیما عن المعارض فیثبت حکمه،و ظاهر السید السند فی شرح النافع المیل إلی هذا القول أیضا حیث جعله الأقرب،و الظاهر أنه کذلک،ثم إنه بناء علی العود بالطلاق فظاهر کلام السید المشار إلیه أنه إنما یعود بمجرد الطلاق إذا کان الطلاق بائنا،و لو کان رجعیا فبعد العده.

و فیه أنه من الممکن ترتب الحکم علی مجرد الطلاق فی الرجعی أیضا بناء علی أنها لا یجب علیها بعد الطلاق شیء من حقوق الزوجیه التی بها حکموا بزوال حضانتها بالتزویج،و حینئذ فتکون فارغه لکفاله الصبی و القیام بأحواله.

الخامس:أن تکون أمینه

،فلا حضانه لمن لا أمانه لها،قال فی شرح النافع:

و هذا الشرط لم یعتبره المصنف،و قد اعتبره الشیخ فی المبسوط و جماعه منهم الشهید فی القواعد،و لا بأس به لأن من لا أمانه لها ربما خانت فی حفظ الولد، و لأن فی التکلیف بتسلیم الولد إلی غیر المأمونه عسرا و حرجا فکان منفیا.

أقول:لا یخفی ما فی هذه التعلیلات العلیله،فإن الخروج عما ثبت شرعا لها من حق الحضانه بمثل هذه التعلیلات لا یخلو من مجازفه،علی أنه من المعلوم الذی جبلت علیه الطباع حنو المرأه علی ولدها و حرصها علی القیام به و اللطف به فی جمیع أحواله و حرصها علی ما یصلحه و ینفعه،کل ذلک جبله و طبیعه و هذا بحمد الله سبحانه ظاهر لا مریه فیه،و کیف مع هذا یتم ما ذکره من قوله«و ربما خانت فی حفظ الولد».

و بالجمله فإن کلامه-رحمه الله-عندی هنا غیر موجه،علی أنه لو تم ما ذکروه من هذه التخریجات لجری ذلک فی الأب أیضا و هو معلوم البطلان، و لعل ترک هذا الشرط هو الأظهر،فإن الام لمزید شفقتها و حنوها علی ولدها طبیعه و جبله یمنع مما توهمه عله لهذا الشرط.

السادس:أن تکون مقیمه

،فلو انتقلت إلی محل تقصر فیه الصلاه سقط حقها من الحضانه عند الشیخ فی المبسوط،ثم نقل عن قوم أنه إن کان المنتقل هو الأب فالأم أحق به،و إن انتقلت الأم فإن کان انتقالها من قریه إلی بلد فهی أحق به،و إن کان من بلد إلی قریه فالأب أحق به،لأن فی السواد یقل تعلیمه و تخرجه،و قال-بعد نقل ذلک-:إنه قوی،و حکی الشهید فی قواعده قولا بأن الأب لو سافر جاز له استصحاب الولد و سقطت حضانه الأم.

أقول:الظاهر أن جمیع هذه التفریعات و التعلیلات کلها من کلام العامه، کما عرفت فی غیر موضع من الکتب السابقه،جری علیها الشیخ فی المبسوط و تبعه غیره.

و لا یخفی ما فی بناء الأحکام الشرعیه علیها من المجازفه فی أحکامه سبحانه المبنیه علی النصوص الواضحه من الکتاب و السنه،کما استفاضت به أخبارهم علیهم السلام.

المسأله الثالثه [انتقال الحضانه إلی الأم بعد موت الأب]

قد صرحوا بأنه لو مات الأب و قد صارت الحضانه له بأن کان الولد أکبر من سنتین و البنت أکبر من سبع-بناء علی ما ذکروه مما تقدم نقله عنهم-فإن الحضانه تنتقل إلی الأم دون الوصی المنصوب من قبل الأب و غیره،و کذا تکون الأم أحق لو کان الأب مملوکا أو کافرا و إن تزوجت، إلا أن یعتق المملوک و یسلم الکافر.

أقول:أما الحکم الأول فلم أقف له علی دلیل فی النصوص و هم أیضا لم یذکروا له دلیلا،و إن کان من الأدله الاعتباریه الجاریه فی کلامهم،و المقطوع به فی النصوص هو أن الحضانه لها فی مده الرضاع کما تقدم،و أن الأب لا یزاحمها فیها،فلو مات فی هذه الحال فالام باقیه علی ولایتها،و لیس للوصی معارضتها لأنها إذا کانت فی هذه الحال أولی من الأب علی تقدیر وجوده فهی أولی من وصیه بطریق الأولی مع موته.

و کذا فی السبع فی البنت علی ما یدعونه مما تقدم فی کلامهم لعین ما ذکر،

و أما بعد هذه المده فيما إذا صارت الولايه للأب لو مات الأب فلا أعرف دليلا على رجوع الولايه لها،و أنها حق الوصی،إلا أن ظاهر كلامهم الاتفاق على أنها للأم،و فرعوا عليه أيضا عدم الفرق بين كون الام متزوجه أم لا،و بهذا التعميم صرح العلامه فی الإرشاد فقال:و لو مات الأب لم تسقط به يعنی التزويج،و استحقت الحضانه إلى وقت التزويج.

و أما الحكم الثانی،فإما بالنسبه إلى كون الأب مملوكا فقد تقدم ما يدل عليه من الأخبار مثل روايه داود الرقی (۱)و صحيحه الفضيل بن يسار (۲)و مقطوعه جميل و ابن بكير (۳)،و فی الأولى دلاله على الأولويه و إن تزوجت كما ذكروه، و أما بالنسبه إلى كونه كافرا فاستدلوا عليه بمفهوم الأولويه من المملوك فإنه متى كانت الأم أولى من الأب المملوك فبطريق الأولى تكون أولى من الكافر،لأنه أبعد من الولايه.

المسأله الرابعه [فی حكم الحضانه مع فقد الأبوين]

قد اختلف الأصحاب فی حكم الحضانه مع فقد الأبوين اختلافا زائدا لعدم النصوص الوارده فی هذا المقام غير روايه ابن الشيخ الطوسی فی أماليه الوارده فی ابنه حمزه،و الأكثر فی هذه المسأله على تعدی الحكم إلى باقی الأقارب،و ترتيبهم على ترتيب الإرث تمسكا بظاهر قوله تعالى «وَ أُولُوا الْأَرْحٰامِ بَعْضُهُمْ أَوْلىٰ بِبَعْضٍ فِی كِتٰابِ اللّٰهِ» (۴)فإن الأولويه تشمل الإرث و الحضانه و غيرهما، و لأن الولد يفتقر إلى التربيه و الحضانه،فلا بد من أن يكون له من يقوم بذلك، و القريب أولى من البعيد،و على هذا فمع فقد الأبوين ينظر فی الموجود من الأقارب،و يقدر لو كان وارثا،و يحكم له بحق الحضانه،ثم إن اتحد اختص،

۱- ۱) الكافی ج ۶ ص ۴۵ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۸۱ ب ۷۳ ح ۲.

۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۲۷۵ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۸۱ ح ۱.

۳- ۳) الكافی ج ۵ ص ۴۹۲ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۸۲ ب ۷۳ ح ۳.

۴- ۴) سوره الأنفال-آيه ۷۵.

و إن تعدد أقرع بينهم لما فى اشتراكهم من الإضرار بالولد.

قال فى المسالک:و هذا القول هو المعتمد.و قيل:إنه مع فقد الأبوين تكون الحضانه لأب الأب مقدما على غيره من الاخوه و الأجداد،و إن شاركوه فى الإرث،و هذا هو الذى قطع به المحقق و العلامه فى غير المختلف و جماعه منهم الشيخ فى موضع من المبسوط و ابن إدريس كما سيأتى فى نقل كلامه.و قيل:

إنه مع فقد الأبوين ينتقل الحكم إلى الأجداد،و يقدمون على الاخوه و إن شاركوهم فى الميراث،و لا يفرق بين الجد للأب و غيره،و مع فقدهم ينتقل إلى باقى مراتب الإرث،و هذا القول مذهب العلامه فى الإرشاد،و أجمل حكم الأجداد، و لم يفصل الحكم فى الأجداد مع التعدد و العلو،و من يتقرب منهم بالأب أو الأم.

و قيل:إنه مع موت الأب تقوم امه مقامه فى ذلک،فإن لم يكن له أم و كان له أب قام مقامه فى ذلک،فإن لم يكن له أب و لا أم كانت الأم التى هى الجده أحق به من البعد،و هذا القول مذهب الشيخ المفيد فى المقنعه.و قيل:إن من مات من الأبوين كان الباقى أحق به من قرابه الميت إلا أن يكون المستحق له غير رشيد،فيكون من قرب إليه أولى به،فإن تساوت القربات قامت القربات مقام من هى له قرابه فى ولايته-إلى أن قال:-و الام أولى ما لم تتزوج ثم قرابتها أحق به من قرابه الأب لحكم النبى صلى الله عليه و آله و سلم (1)بابنه حمزه لخالتها دون أمير المؤمنين عليه السلام و جعفر،و قد طالبا بها لأنها ابنه عمهما جميعا،و قال أمير المؤمنين عليه السلام:عندى ابنه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و هى أحق بها،فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:ادفعوها إلى خالتها،فإن الخاله أم.و هذا القول لابن الجنيد،و فى المسأله أقوال أخر غير ما ذكرناه.

أقول:و المسأله لعدم النص لا تخلو من الإشكال إلا أن الظاهر أن ما ذكره ابن إدريس (2)هنا هو الأقرب إلى جاده الاعتدال حيث قال-بعد أن نقل عن

۱- ۱) الوسائل ج ۱۵ ص ۱۸۲ ب ۷۳ ح ۴.

۲- ۲) السرائر لابن إدريس ص ۳۱۹.

الشیخ فی الخلاف کلاما طویلا یتضمن تعدیه ولایه الحضانه إلی باقی الوراث و تقدیم بعضهم علی بعض-ما صورته:ما ذکره الشیخ فی الخلاف من تخریجات المخالفین و معظم قول الشافعی،و بناهم علی القول بالعصبه،و ذلک عندنا باطل، و لا حضانه عندنا إلا للام نفسها و الأب،فأما غیرهما فلیس لأحد علیه ولایه سوی الجد من قبل الأب خاصه.

قال فی شرح النافع:و یظهر من المصنف فی الشرائع المیل إلی هذا القول، و لا یخفی و جاهته،و إنما قلنا بثبوت الولایه للجد من قبل الأب لأن له ولایه المال و النکاح،فیکون له ولایه التربیه بطریق أولی،و إنما کانت الأم أولی منه بالنص،فمع عدمها و عدم من هو أولی منه تثبت الولایه،و علی هذا فلو فقد الأبوان و الجد فإن کان للولد مال استأجر الحاکم له من یربیه من ماله،فإن لم یکن له مال کان حکم تربیته حکم الإنفاق علیه،فیجب علی المؤمنین کفایه.

انتهی و هو جید،و لهم هنا تفریعات علی ما ذکروه من الأقوال أعرضنا عن التطویل بنقلها لما عرفت فی الأصل المبنی علیه فی المقام من کونه فی معرض التزلزل و الانهدام.

المقصد الخامس فی النفقات:

اشاره

و أسبابها ثلاثه:الزوجیه،و القرابه،و الملک،و لا خلاف بین علماء الإسلام فی وجوبها:بهذه الثلاثه،و حینئذ فالکلام فی هذا المقصد یقع فی مطالب ثلاثه.

[المطلب] الأول فی الزوجیه:

اشاره

و الأصل فی وجوب نفقه الزوجه الکتاب و السنه قال الله عز و جل «الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَی النِّساءِ بِما فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلی بَعْضٍ وَ بِما أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوالِهِمْ» (۱)و قال سبحانه «لِیُنْفِقْ ذُو سَعَهٍ مِنْ سَعَتِهِ وَ مَنْ قُدِرَ عَلَیْهِ رِزْقُهُ فَلْیُنْفِقْ مِمّا آتاهُ اللّهُ لا یُکَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاّ ما آتاها سَیَجْعَلُ اللّهُ بَعْدَ عُسْرٍ یُسْراً» (۲).

۱- ۱) سوره النساء-آیه ۳۴.

۲- ۲) سوره الطلاق-آیه ۷.

و روی ثقه الإسلام فی الکافی (۱)عن إسحاق بن عمار فی الموثق قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:ما حق المرأه علی زوجها الذی إذا فعله کان محسنا؟قال:

یشبعها و یکسوها و إن جهلت غفر لها».

و روی فی الفقیه (۲)فی الصحیح عن ربعی عن الفضیل بن یسار عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی قوله عز و جل «وَ مَنْ قُدِرَ عَلَیْهِ رِزْقُهُ فَلْیُنْفِقْ مِمّا آتاهُ اللّهُ» قال:إذا أنفق علیها ما یقیم ظهرها مع کسوه،و إلا فرق بینهما».

و عن عاصم بن حمید (۳)عن أبی بصیر فی الصحیح قال:

«سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول:من کانت عنده امرأه فلم یکسها ما یواری عورتها و یطعمها ما یقیم صلبها کان حقا علی الامام أن یفرق بینهما». إلی غیر ذلک من الأخبار التی تقدم جمله منها فی الفائده السادسه عشر من فوائد المقدمه.

إذا عرفت ذلک فتحقیق الکلام فی المقام یتوقف علی بسطه فی مسائل:

[المسأله] الأولی [فی أنه هل تجب النفقه بمجرد العقد إذا کان دائما أم لا؟] :

اشاره

لا خلاف بین الأصحاب فی اشتراط النفقه بالعقد الدائم،فلا یجب لمتمتع بها نفقه،و إلیه یشیر

قول الصادق علیه السلام فی روایه زراره (۴)

«تزوج منهن ألفا فإنما هن مستأجرات».

و قول أبی جعفر علیه السلام فی روایه محمد بن مسلم (۵)

«لأنها لا تطلق،و لا تورث و إنما هی مستأجره». و من المعلوم أن الأجیر لا نفقه (۶)و إنما

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۵۱۰ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۲۴ ح ۵.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۲۷۹ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۲۳ ب ۱ ح ۱.

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۲۷۹ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۲۳ ح ۲.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۵۲ ح ۷،التهذیب ج ۷ ص ۲۵۸ ح ۴۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۴۶ ح ۲،و ما فی المصادر«فإنهن».

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۴۵۱ ح ۵،التهذیب ج ۷ ص ۲۵۹ ح ۴۶ مع زیاده فیه،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۴۶ ح ۴ و ما فی المصادر«لا ترث»و هو الصحیح.

۶- ۶) و الصحیح«لا نفقه له».

الخلاف بينهم فى أنه هل تجب النفقه بمجرد العقد إذا كان دائما و إن سقطت بالنشوز،أو أنه يشترط مع العقد التمكين الكامل؟و عرفه المحقق فى الشرائع بأنه التخليه بينها و بينه بحيث لا يختص موضعا و لا وقتا.فلو بذلت نفسها فى زمان دون زمان أو مكان دون آخر مما يسوغ فيه الاستمتاع لم يحصل التمكين قولان،الأكثر على الثانى،بل لم أقف على مصرح بالأول و إن ذكر بلفظ«قيل».

ثم إنه على تقدير القول المشهور فهل يتوقف حصول التمكين على لفظ من قبل المرأه يدل على ذلك مثل أن تقول:سلمت نفسى إليك فى أى مكان شئت و نحو ذلك مع حصول التخليه أم لا؟قولان،و بالأول صرح العلامه فى التحرير،و صرح فى المسالك بأنه ذلك ظاهر كلام جمله من الأصحاب ثم استشكل فى ذلك (۱).

أقول:بل يجب القطع بعدمه،أما(أولا)فلعدم الدليل عليه،و القائل به لم ينقل عنه ذكر دليل على ذلك،و لو من الأدله الاعتباريه الجاريه فى كلامهم و أصاله العدم أقوى مستمسك حتى يقوم الدليل الواضح من الكتاب أو السنه على ما يوجب الخروج عنه،و هذه قاعدتهم فى غير مقام من الأحكام.

و أما(ثانيا)فلأن الأصل المبنى عليه هذا القول أعنى القول بوجوب التمكين على الوجه الذى عرفت،و أن وجوب النفقه متوقف على ذلك مما لم يقيموا عليه دليلا واضحا و لا برهانا لائحا،غير مجرد الدعوى مع ظهور الأدله على خلافه،و هو ما قدمناه من الأخبار الداله على ترتب وجوب النفقه على مجرد

۱- ۱) حيث قال:و اعلم أن الظاهر من كلام المصنف و غيره بل صرح به بعضهم أن التمكين لا يكفى حصوله بالفعل،بل لا بد من لفظ يدل عليه من قبل المرأه بأن تقول:كلت نفسى إليك حيث شئت و أى زمان شئت،و نحو ذلك،فلو استمرت ساكته و ان مكنت من نفسها بالفعل لم يكف فى وجوب النفقه،و لا يخلو ذلك من اشكال،انتهى(منه-قدس سره-). راجع مسالك الافهام ج ۱ و فيه«سلمت نفسى».

الزوجیه التی لا خلاف فی حصولها بمجرد العقد.

قال السید السند فی شرح النافع:و قد اختلف الأصحاب فی اعتبار هذا الشرط، فذهب الأکثر إلی اعتباره،و أن العقد بمجرده لا یوجب النفقه،و إنما تجب بالتمکین،إما بجعله تمام السبب أو سببا تاما أو شرطا فی الوجوب،و ربما قیل بوجوب النفقه بالعقد کالمهر لکنها تسقط بالنشوز،و المعتبر الأول اقتصارا فیما خالف الأصل علی موضع الوفاق،و لیس فیما وصل إلینا من الأدله النقلیه ما ینافی ذلک صریحا و لا ظاهرا،انتهی.

أقول فیه:إن الأخبار التی أشرنا إلیها أظهر ظاهر فی ترتب النفقه علی مجرد العقد فإن ما اشتمل علیه جمله منها مما ذکرناه و ما لم نذکره من قوله علیه السلام«حق المرأه علی زوجها»یعنی من حیث الزوجیه،لأن التعلیق علی الوصف یشیر بالعلیه،و هو صریح فی المطلوب،و نحوه قوله«من کانت عنده امرأه فلم یکسها (۱)و یطعمها ما یقیم صلبها»إلخ أظهر ظاهر فیما ذکرناه فإنه بمجرد العقد یصدق أنه عنده امرأه.

و بالجمله فدلاله الأخبار علی ما ذکرناه أظهر ظاهر کما عرفت،فدعواه أنه لم یصل إلیه من الأدله النقلیه ما ینافی ذلک عجیب من مثله-رحمه الله.

و ممن وافقنا علی هذه المقاله-و إن غلب علیه رعایه الشهره فتوقف فیما قاله-شیخنا الشهید الثانی فی المسالک (۲)و الحری أن ننقل جمیع ما ذکره فی المقام بلفظه و إن طال به زمان الکلام.

قال-قدس سره-بعد الکلام فی المقام«و لا ریب فی أن للنفقه تعلقا بالعقد و التمکین جمیعا فإنها لا تجب قبل العقد،و لو نشزت بعد العقد لم تطالب بالنفقه، و اختلف فی أنها بم تجب؟فقیل:بالعقد کالمهر لا التمکین،لدلاله الأدله السابقه

۱- ۱) و الصحیح کما فی الروایه المتقدمه«فلم یکسها ما یواری عورتها و یطعمها.».

۲- ۲) مسالک الافهام ج ۱ ص ۵۸۴ و فیه«لا بالتمکین».

على وجوبها للزوجه من غير تقييد،غايته أن النشوز لما ثبت أنه مانع من وجوب الإنفاق كان الشرط عدم ظهور المانع،فما لم يوجد المانع يستمر الوجوب المعلق على الزوجيه الحاصله بالعقد،فالعقد مثبت،و النشوز مسقط،و لأنها تجب للمريضه و الرتقاء،و قيل:لاـ تجب بالعقد مجردا بل بالتمكين،لأن المهر يجب به و العقد لا يوجب عوضين مختلفين،و لأن النفقه مجهوله الجمله،و العقد لا يوجب مالا مجهولا،و لما

روى

«أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم تزوج و دخل بعد سنتين و لم ينفق إلا بعد دخوله».

و لقوله صلى الله عليه و آله و سلم (۱)

«اتقوا الله فى النساء فإنهن عوار عندكم،اتخذتموهن بأمانه الله،و استحللتم فروجهن بكلمه الله،و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف». أوجب لهن إذا كن عند الرجال،و هو يدل على التمكين،و لأن الأصل براءه الذمه من وجوب النفقه خرج منه حاله التمكين بالإجماع فيبقى الباقى على الأصل،و فى جميع هذه الأدله نظر،لأن عدم إيجاب العقد عوضين مختلفين و عدم إيجابه مالا مجهولا مجرد دعوى أو استبعاد قد دلت الدليل على خلافهما فإن الآيات الداله على وجوب النفقه على الزوجه من غير تقييد يدل على أن العقد أوجب النفقه على ذلك الوجه،و أى مانع من إيجاب العقد أمرين مختلفين كما فى شراء الدابه و المملوك،فإن العقد يوجب الثمن كالمهر،و يوجب الإنفاق المجهول من غير شرط إجماعا،و عدم إنفاق النبى صلى الله عليه و آله و سلم قبل الدخول-لو سلم- لا يدل على عدم الوجوب بإحدى الدلالات،و الخبر يدل على خلاف مطلوبكم لأن الضمير فى قوله صلى الله عليه و آله و سلم«و لهن عليكم»يعود على النساء المصدر بذكرهن، و هن أعم من الممكنات،و وصفهن بالوصفين لا يدل على التمكين المدعى كونه شرطا أو سببا لأن استحلال فروجهن يحصل مع التمكين التام و عدمه،و أما

۱- ۱) سنن ابن ماجه ج ۲ ص ۱۰۲۵ من باب ۷۴،سنن أبى داود ج ۲ ص ۱۸۵ من باب ۵۶،سنن الدارمى ج ۲ ص ۴۸،تحف العقول ص ۳۰ مع اختلاف يسير،و ليس فى المصادر«فإنهن عوار عندكم».

أصاله البراءه فإنما تكون حجه مع عدم دليل ناقل عنه،لكنه موجود هنا بالعمومات الداله على وجوب نفقه الأزواج،و الأصل عدم التخصيص،و على كل حال فالأظهر بين الأصحاب هو القول الثانى كما أشار إليه المصنف-رحمه الله-» انتهى،و هو جيد وجيه كما لا يخفى عن الفطن النبيه.

و لكنه-رحمه الله عليه-لمراعاه الشهره فى المسأله لم يصرح بالفتوى بما قاله،و فى قوله«و كذا قول المحقق فى المتن»إن ذلك يعنى شرطيه التمكين أو سببيته هو الأظهر بين الأصحاب ما يؤذن بالتردد،بل المحقق قد صرح فى متن عبارته بالتردد،فقال«و فى وجوب النفقه بالعقد أو بالتمكين تردد،أظهره بين الأصحاب وقوف الوجوب على التمكين»و هو ظاهر فى بقائه على التردد، لتخصيصه الأظهريه بالأصحاب،و لم يذكر أن الأظهر عنده ذلك.

و بالجمله فالأظهر هو القول المخالف للمشهور،فإنه هو المؤيد بالأدله و المنصور،و ما عدل بمحمل من الضعف و القصور،

[فوائد]

اشاره

و تنقيح البحث فى المسأله يتم برسم فوائد:

الأولى [مواضع ظهور ثمره الخلاف]

اشاره

قد صرحوا بأنه يظهر فائده الخلاف المذكور فى مواضع

منها ما لو اختلفا فى التمكين

بأن ادعته المرأه و أنكره الزوج،فإن قلنا إن التمكين سبب أو شرط فالقول قول الزوج،و على المرأه البينه،لأنها تدعى ما يخالف الأصل،و إن قلنا إنها تجب بالعقد و النشوز مانع كان القول قولها لأن الأصل استمرار ما ثبت بالعقد،و هو يدعى السقوط بالنشوز فعليه البينه.

و

منها ما لو لم يطالبها الزوج بالزفاف

،و لم تمنع هی منه و لا ـ عرضت نفسـها علیه و مضت لـذلک مـده،فـإن اعتبرنـا التمکین فلا ـ نفقه لهـا لأـنه لم یحصل من جانبها تمکین قولی و لا فعلی کما هو المفروض،و إن قلنا إنها تجب بالعقـد و تسـقط بالنشوز وجبت النفقه،إذ المفروض أنه لم یقع من جانبها امتناع یتحقق به النشوز.

أقول:لا یخفی ما فی کلامهم فی هذا التمکین الذی ادعوا شرطیته أو سببیته

ص :١٠٢

فی وجوب الإنفاق من الإجمال،و عدم ظهور معنی یترتب علیه الخلاف فی هذا المجال،فإنه إن کان عباره عن أن تبذل نفسها و تعرض نکاحها علیه فهو لا یکون إلا بالقول الذی تقدم،و قد عرفت أنه خلاف المشهور،و إن کان عباره عن إجابتها له متی طلب و تسلیم نفسها متی أراد من غیر تعلل و لا توقف علی زمان و لا مکان کما هو ظاهر تعریف المحقق المتقدم مع تعریفه بالتخلیه بینها و بینه-فهو حاصل فی هذه الصوره المفروضه،و لا ثالث لهذین المعنیین،فإنه متی لم یطالبها الزفاف و لم یطلب الدخول بها و هی منتظره له فی ذلک فالتمکین حاصل،و إنما حصل التأخیر بسببه،إلا أن یقولوا بأنه یجب علیها أن تخرج من بیتها و تمضی إلیه و تطالبه بالدخول،أو تقول له ذلک القول المتقدم،و هو ظاهر البطلان.

و بالجمله فإن کلامهم فی تحقق معنی هذا التمکین الذی ادعوه غیر منقح و لا موجه کما لا یخفی علی المتأمل بعین الإنصاف.

الثانیه [فی حرمه مجامعه الزوجه الصغیره]

لو کانت الزوجه صغیره یحرم جماعها فالمشهور أنه لا نفقه لها لعدم تحقق التمکین من جانبها من حیث عدم صلاحیتها لذلک عاده.

و قال ابن إدریس (1):إذا کانت الزوجه صغیره و الزج کبیر وجب علیه نفقتها لعموم وجوب النفقه علی الزوجه،و دخوله مع العلم بحالها،و هذه لیست ناشزا و الإجماع منعقد علی وجوب النفقه علی الزوجات.

و اعترضه السید السند فی شرح النافع فقال-بعد نقل کلامه-:و فی ثبوت ما ادعاه من العموم نظر،و فی الإجماع منع،مع أنه-رحمه الله-یعتبر فی وجوب النفقه التمکین،لا انتفاء النشوز،و التمکین لا یتحقق مع الصغر،انتهی.

أقول:أما قوله«إن فی ثبوت ما ادعاه من العموم نظر»فهو محل نظر لما عرفت من ظاهر الآیات و الأخبار الداله علی وجوب النفقه مع تحقق الزوجیه من غیر تقیید بحال و لا زمان.نعم ما أورده علیه من أنه قائل بشرطیه التمکین

۱- ۱) السرائر:ص ۳۲۰.

و التمكين هنا غير حاصل فهو ظاهر الورود عليه،إلا أنه يمكن أن يجاب عنه بأن التمكين الواجب على تقدير القول به إنما هو ممن له أهليه ذلك،و إن كان ظاهر كلامهم الأعم من ذلك حيث حكموا هنا بأن العله فى عدم وجوب النفقه هو عدم التمكين من حيث صغرها و عدم قابليتها،و الظاهر أن ما ذكرنا أقرب،و كيف كان فقول ابن إدريس هو الظاهر من الأخبار المتقدمه المترتب فيها وجوب الإنفاق على مجرد الزوجيه بقول مطلق.

الثالثه [حكم ما] لو كانت الزوجه كبيره و الزوج صغيرا

قال الشيخ فى المبسوط و الخلاف لا نفقه عليه،و ظاهر جمله من الأصحاب منهم ابن الجنيد و المحقق فى الشرائع و العلامه فى المختلف و الشهيد الثانى و غيرهم بل الظاهر أنه المشهور الوجوب.

قال فى الشرائع (1):أما لو كانت كبيره و الزوج صغيرا قال الشيخ لا نفقه لها، و فيه إشكال منشأه تحقق التمكين من طرفها و الأشبه وجوب الإنفاق،انتهى.

و استشكل فى شرح النافع كلام المحقق هنا ثم قال:و قول الشيخ متجه لأنه الأصل و لا مخرج عنه.

أقول:قد عرفت بما قدمناه من التحقيق تزعزع هذا الأصل،و أنه بالبناء عليه غير حقيق،و قد بينا المخرج عنه و هو عموم الآيات و الأخبار المستفيضه، فالظاهر هو ما ذهب إليه الجماعه،أما على ما اخترناه فى المسأله من ترتب الوجوب على مجرد حصول الزوجيه و عدم ظهور النشوز فظاهر،و أما على ما هو المشهور من اشتراط التمكين فلأنه المفروض،و الأصل عدم اشتراط أمر آخر فى الوجوب،و هو قابليه الزوج للاستمتاع بها.

و علل ما ذهب إليه الشيخ بوجه عليل نقله فى المسالك و أجاب عنه،على أنه مع ثبوته و صحته فبناء الأحكام الشرعيه على مثله- من هذه العلل الاعتباريه و التوجيهات العقليه-مما حظرت الأخبار جوازه،كما تقدم ذكره فى غير موضع.

ص:104

1- 1) شرائع الإسلام ص 176.

الرابعه [فیما لو غاب الزوج عن المرأه]

قالوا:إذا غاب الزوج عن المرأه فإن كانت غيبته بعد أن حصل التمكين من الزوجه وجب عليه النفقه و استمرت عليه مده غيبته،و إن كانت غيبته قبل التمكين فإن اكتفينا بالعقد و جعلنا النشوز مانعا فالحكم كذلك حيث لم يثبت النشوز،و إن اعتبرنا التمكين فی الوجوب شرطا أو سببا فلا نفقه لها،فلو حضرت فی هذه الصوره عند الحاكم و بذلت التسليم و الطاعه لزوجها اعلم بذلك، فإن وصل إليها وجبت النفقه حينئذ،و إن لم يفعل،فإذا مضی زمان يمكنه الوصول فيه إليها عاده فرض لها الحاكم النفقه فی ماله لأن الامتناع منه.

و لو نشزت المرأه مع حضور الزوج فغاب عنها و هی كذلك ثم عادت إلی الطاعه لم تجب نفقتها إلی أن يعلم بعودها،و يمضی زمان يمكنه الوصول إليها لخروجها بالنشوز عن استحقاق النفقه،فلا تعود إلا مع تحقق التمكين.

أقول:قد عرفت مما قدمناه من التحقيق فی المسأله ما فی بعض هذه الشقوق من الاختلال و بعض من الإجمال،و ما ذكروه من حضورها عند الحاكم علی تقدير اعتبار التمكين فلا أعرف له وجها و لا ما يوجبه.

نعم الواجب عليها إعلامه،و بعد علمه بذلك فإنه يجب عليه الإنفاق عليها لزوال المانع،و هو النشوز،رجع من سفره أم لم يرجع،فلو لم يرجع و لم ينفق عليها رفعت أمرها إلی الحاكم حينئذ و أخبرته بالحال ليجزی عليها النفقه من ماله.

الخامسه [عدم سقوط النفقه بامتناعها عن الوطء لعذر شرعی]

لا-تسقط النفقه بامتناعها عن الوطء لعذر شرعی كالحيض و فعل الواجب أو عقلی كالمرض،و هل يفرق فی الواجب بين المضيق و الموسع أم لا-؟ قولا-ن،فاعتبر الشيخ و العلامه فی القواعد فی جواز مبادرتها إلی الواجب الموسع من الصوم إذن الزوج،و نقل عن الشيخ فی موضع من المبسوط أنه اعتبر ذلك فی قضاء الفريضه أيضا،و ظاهر جمع منهم السيد السند فی شرح النافع عدم الفرق صوما كان أو صلاه،لأصاله عدم ثبوت سلطنته عليها فی فعل الواجب،و هو الأقرب،و الظاهر أنه المشهور،و اتفق الجميع علی جواز مبادرتها إلی الصلاه

الواجبه فی أول الوقت بغیر إذنه،و فرقوا بینهما بما لا یخلو من نظر،و علی ما اخترناه فلا ضروره إلی الفرق المذکور،و المشهور بین الأصحاب أنه لو کان الفعل مندوبا فإن کان مما یتوقف علی إذن الزوج کالحج و الصوم فإن فعله بدون إذنه موجب لفساده،و لکنه لا یوجب منع النفقه،لأنه غیر مانع من التمکین، إلا أن تمنعه من الاستمتاع،فیکون هو السبب فی عدم وجوب النفقه لا نفس العباده.

و نقل عن الشیخ أنه أسقط النفقه مع امتناعها من الإفطار،و أورد علیه بأنه علی إطلاقه مشکل،فإن النشوز لا یتحقق بترک غیر الاستمتاع فلا یتحقق بمخالفتها فی ترک الأکل و الشرب إذ لا یجب علیها إطاعته فی ذلک،إلا أن یقال:

إن ترک الإفطار یقتضی الامتناع عن الوطء.

و فیه أن الموجب حینئذ إنما هو الامتناع من الوطء،و عباره الشیخ أعم لأنه رتب النشوز علی المطالبه بالفطر فتمتنع.

و بالجمله فضعف القول المذکور ظاهر،و إن کان مما لا یتوقف علی إذنه جاز لها فعله بغیر الإذن إلا أن یکون ذلک مانعا من الاستمتاع بأن یطلبه منها فی ذلک الوقت فتجب علیها طاعته،لأن المندوب لا یعارض الواجب،و لو استمرت و الحال هذه لم تستحق نفقه لتحقق النشوز،بل یحکم ببطلان الفعل نظرا إلی النهی،أو یصح و إن أثمت بالمخالفه،وجهان مبنیان علی أن الأمر بالشیء هل یستلزم النهی عن ضده الخاص أم لا؟و الأظهر عندی الثانی کما تقدم تحقیقه فی غیر موضع من الکتب المتقدمه.

السادسه [حکم ما لو کانت الزوجه مریضه أو رتقاء أو قرناء]

قال فی الشرائع (۱):لو کانت مریضه أو رتقاء أو قرناء لم تسقط النفقه لإمکان الاستمتاع بما دون الوطء قبلا و ظهور العذر فیه.

قال فی المسالک (۲):لما حکم بعدم وجوب الإنفاق علی الصغیره،و إن مکنت

۱- ۱) شرائع الإسلام ص ۲۰۲.

۲- ۲) مسالک الافهام ج ۱ ص ۵۸۵.

من حیث تعذر الوطء ذکر ما یمکن أن یشارکها فی الحکم و هو المریضه و الرتقاء و القرناء،و نبه المصنف علی الفرق بینها و بین الصغیره بأن الاستمتاع بالرتقاء و القرناء ممکن فی ما دون الفرج و ظهور العذر فیه من حیث کونه مانعا دائما، فلا یناسب إدامه الحبس علیها مع عدم النفقه،بخلاف الصغیره فإن لها أمدا یرتقب،و أما المریضه فإن الوطء و إن تعذر لها مطلقا إلا أن ذلک عارض متوقع الزوال کالحیض فلا یؤثر،انتهی.

أقول:لا یخفی ما فی هذه التعلیلات العلیله فی بیان الفرق بین الصغیره و غیرها مما ذکر هنا من الوهم و عدم صلوحها لتأسیس الأحکام الشرعیه المبنیه علی التوقیف من صاحب الشریعه.

علی أن لقائل أن یقول:إن إمکان الاستمتاع بما دون الوطء الذی جعلوه موجبا للنفقه فی هذه الأفراد المذکوره یجری فی الصغیره،إذا المحرم إنما هو وطؤها الذی ربما أوجب إفضاؤها،و أما الاستمتاع بها بالملاعبه و نحوها فهو ممکن کما فی أولئک،فلم لا تجب لها النفقه! و بالجمله فالجمیع مشترکه فی العذر المانع من الوطء و إن تفاوتت، باعتبار کون عذر الصغیره مرجو الزوال،و عذر أولئک لیس کذلک،و مشترکه فی إمکان الاستمتاع بغیر الجماع فلا فرق حینئذ،و الحق الحقیق بالاتباع الذی لا یحتاج إلی تکلف و لا یتطرق إلیه النزاع هو اشتراک الجمیع فی وجوب النفقه نظرا إلی عموم الآیات و الروایات التی قد اعترف سابقا فیما قدمنا من کلامه بأن مقتضاها ترتب وجوب النفقه علی مجرد تحقق الزوجیه،و هؤلاء کملا أزواج بغیر خلاف و لا إشکال،فتجب لها النفقه علی کل حال،و الرکون إلی خلاف ذلک-بناء علی هذه التکلفات البعیده و التخریجات الغیر السدیده-مجازفه محضه فی أحکامه.

المسأله الثانيه [فی ثبوت النفقه للمطلقه الرجعیه]

اشاره

قد صرح المحقق (۱)بأنه تثبت النفقه للمطلقه الرجعیه کما تثبت للزوجه،و تسقط نفقه البائنه و سکناها سواء کانت عن طلاق أو فسخ.

نعم لو کانت حاملا-لزم الإنفاق علیها حتی تضع،و هل النفقه للحمل أو لامه؟قولان،و فی الحامل المتوفی عنها زوجها روایتان أشهرهما أنه لا نفقه لها،و الأخری ینفق علیها من نصیب ولدها.

و تفصیل ما اشتمل علیه هذا الکلام من الأحکام یقع فی مقامات:

[المقام] الأول [فی أدله ثبوت النفقه لها]

ما ذکره من وجوب النفقه للمطلقه الرجعیه کما تثبت للزوجه موضع وفاق لأنها بسبب بقائها تحت سلطنه الزوج و حبسها عن الأزواج بمنزله الزوجه بل هی زوجه و إن خرجت عنها فی بعض الأحکام.

و یدل علی ذلک أیضا ما رواه

المشایخ الثلاثه (۲)بأسانیده متعدده عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«إن المطلقه ثلاثه لیس لها نفقه علی زوجها،إنما ذلک للتی لزوجها علیها رجعه».

و ما رواه

فی الکافی (۳)عن سعد بن أبی خلف فی الصحیح قال:

«سألت أبا الحسن موسی علیه السلام عن شیء من الطلاق،فقال:إذا طلق الرجل امرأته طلاقا لا یملک فیه الرجعه فقد بانت منه ساعه طلقها و ملکت نفسها و لا-سبیل له علیها،و تعتد حیث شاءت و لا نفقه لها،قال:قلت:أ لیس الله یقول «لاٰ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُیُوتِهِنَّ وَ لاٰ یَخْرُجْنَ» (۴)قال:فقال:إنما عنی بذلک التی تطلق تطلیقه بعد تطلیقه،فتلک التی لا تخرج حتی تطلق الثالثه،فإذا طلقت الثالثه فقد بانت منه و لا نفقه لها،

ص:۱۰۸

۱- ۱) شرائع الإسلام ص ۲۰۲.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۰۴ ح ۱،الفقیه ج ۳ ص ۳۲۴ ح ۵،التهذیب ج ۸ ص ۱۳۳ ح ۵۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۲ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۹۰ ح ۵،التهذیب ج ۸ ص ۱۳۲ ح ۵۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۱ ح ۱.

۴- ۴) سوره الطلاق-آیه ۱.

و المرأه التی یطلقها الرجل تطلیقه ثم یدعها حتی یخلو أجلها فهذه أیضا تقعد فی منزل زوجها،و لها النفقه و السکنی حتی تنقضی عدتها».

و روی الثقه الجلیل عبد الله بن جعفر الحمیری فی قرب الاسناد (۱)عن عبد الله ابن الحسن عن جده علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن المطلقه إلها نفقه علی زوجها حتی تنقضی عدتها؟قال:نعم». و إطلاقه محمول علی الرجعیه لما یظهر لک إن شاء الله تعالی من أن غیرها لا نفقه لها.

و بالجمله فالحکم المذکور اتفاقی نصا و فتوی فلا إشکال،و استثنی بعضهم من النفقه الواجبه لها آله التنظیف لأن الزوج لا ینتفع بذلک.

قال فی المسالک:و هو حسن،و قال سبطه فی شرح النافع:و الإطلاق أجود فلعل الله یحدث بعد ذلک أمرا.

أقول:ما ذکره سبطه-رحمه الله-هو المؤید بالأخبار الکثیره،و منها ما رواه

فی الکافی (۲)عن أبی بصیر فی الموثق عن أحدهما علیهما السلام

«فی المطلقه تعتد فی بیتها و تظهر له زینتها لعل الله یحدث بعد ذلک أمرا».

و عن محمد بن قیس (۳)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«المطلقه تشوق لزوجها ما کان علیها رجعه و لا یستأذن علیها». و المراد تتزین له بحیث یشتاق إلیها.

و فی روایه زراره (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«المطلقه تکتحل و تختضب و تلبس ما شاءت من الثیاب لأن الله عز و جل یقول «لَعَلَّ اللّٰهَ یُحْدِثُ بَعْدَ ذٰلِکَ أَمْراً» (۵).لعلها أن تقع فی نفسه فیراجعها» إلی غیر ذلک من الأخبار.

۱- ۱) قرب الاسناد ص ۱۱۰.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۹۱ ح ۱۰،التهذیب ج ۸ ص ۱۳۱ ح ۵۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۷ ب ۲۱ ح ۱.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۹۱ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۷ ب ۲۱ ح ۴.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۹۲ ح ۱۴،التهذیب ج ۸ ص ۱۳۱ ح ۵۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۷ ب ۲۱ ح ۲.
۵- ۵) سوره الطلاق-آیه ۱.

و لا تسقط نفقه المعتده إلا بما تسقط به نفقه الزوجه،و يستمر إلى انقضاء العده،و لو ظهر بالمرأه أمارات الحمل بعد الطلاق فعلى الزوج الإنفاق عليها إلى أن تضع،و لو أنفق عليها ثم تبين أنها لم تكن حاملا قيل:إنها ترد ما دفع إليها،و فيه تردد.

[المقام] الثانی [سقوط نفقه البائن و سکناها إذا لم تکن حاملا]

ما ذکره من سقوط نفقه البائن و سکناها إذا لم تکن حاملا، فالظاهر أنه موضع وفاق،و تدل علیه الأخبار المتکاثره.

و منها ما تقدم فی روایه زراره و صحیحه سعد و ما رواه

فی الکافی (۱)عن عبد الله بن سنان فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن المطلقه ثلاثا علی السنه هل لها سکنی أو نفقه؟قال:لا».

و عن أبی بصیر (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه سئل عن المطلقه ثلاثا إلها سکنی و نفقه؟قال:حبلی هی؟قلت:لا،قال:لا».

و عن سماعه (۳)فی الموثق قال:

«قلت:المطلقه ثلاثا إلها سکنی أو نفقه؟ فقال:حبلی هی؟فقلت:لا،قال:لیس لها سکنی و لا نفقه».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۴)فی الصحیح عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه سئل عن المطلقه ثلاثا.لها النفقه و السکنی؟فقال:أ حبلی هی؟قلت:لا،قال:

لا». إلا أنه

روی الشیخ (۵)أیضا فی الصحیح عن ابن سنان قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المطلقه ثلاثا علی العده لها سکنی أو نفقه؟قال:نعم». و الشیخ حمله علی

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۰۴ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۱۳۳ ح ۵۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۳ ح ۵.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۰۴ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۳ ح ۶.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۰۴ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۲ ح ۳.

۴- ۴) التهذيب ج ۸ ص ۱۳۳ ح ۶۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۳ ح ۷.

۵- ۵) التهذيب ج ۸ ص ۱۳۳ ح ۶۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۳ ح ۸.

الاستحباب،قال:و يحتمل أن يكون المراد به إذا كانت المرأه حاملا.

أقول:و كلا الاحتمالين بعيد إلا أن الثانی أقل بعدا.

[المقام] الثالث [فی لزوم الإنفاق فیما لو کانت حاملا]

ما ذکره من أنها لو کانت حاملا لزم الإنفاق علیها حتی تضع، و هو مما لا أعرف فیه خلافا،و یـدل علیه قوله عز و جل «وَ إِنْ کُنَّ أُولاٰتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَیْهِنَّ حَتّٰی یَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» (۱)و هی تدل بعمومها علی من کانت رجعیه أو بائنه.

و من الأخبار ما رواه

ثقه الإسلام (۲)فی الصحیح أو الحسن عن محمد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«الحامل أجلها أن تضع حملها و علیه نفقتها بالمعروف حتی تضع حملها».

و عن عبد الله بن سنان (۳)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یطلق امرأته و هی حبلی قال:أجلها أن تضع حملها و علیه نفقتها حتی تضع حملها».

و نحوهما صحیحه الحلبی و روایه الکافی،و الجمیع دال علی البائن التی هی محل البحث من حیث الإطلاق کالآیه،فإن الطلاق فیها أعم من أن یکون بائنا أو رجعیا،و إنما الخلاف بینهم فی أن النفقه هنا هل هی للحامل لأجل الحمل؟ أو أنها للحمل؟قولان،الأکثر علی الثانی و هو قول الشیخ فی المبسوط،و تبعه علیه أکثر الجماعه مستندین إلی دوران وجوب النفقه مع الحمل وجودا و عدما، فإنها لو کانت حائلا فإنها لا نفقه لها و متی کانت حاملا وجبت النفقه،فلما وجبت بوجوده و سقطت بعدمه دل علی أنها له کدورانها مع الزوجیه وجودا و عدما،

۱- ۱) سوره الطلاق-آیه ۶.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۰۳ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۳۳ ح ۶۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۱ ب ۷ ح ۳.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۰۳ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۱۳۴ ح ۶۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۰ ب ۷ ح ۱.

و لوجوبها له منفصلا فكذا متصلا،و لنص الأصحاب على أنه ينفق عليها من مال الحمل.

و ذهب جمع منهم ابن حمزه إلى الأول،مستندين إلى أنه لو كانت النفقه للحمل لوجبت نفقته دون نفقتها مقدره بحال الزوج،لأن نفقه الأقارب غير مقدره بخلاف نفقه الزوجه،و لأنها لو كانت للحمل لوجبت على الجد كما لو كان منفصلا و هى لا تجب عليه هنا،و لأنها لو كانت للولد لسقطت بيسار الولد كما إذا ورث أو أوصى له بشىء فقبله أبوه.

قال فى المسالك-بعد ذكر ذلك-:و الشيخ التزم بعض هذه الإلزامات فحكم بسقوطها بيسار الولد و ثبوتها على الجد،و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك التوقف فى المسأله حيث اقتصر فيه على نقل القولين المذكورين و نقل أدلتهما و لم يتعرض لترجيح شىء منهما،و لا للطعن فى أدله أحدهما.

و ظاهر سبطه السيد السند فى شرح النافع ترجيح القول الأول قال:و قيل إنها للحامل و هو الأصح لأنه المستفاد من الآيه،فإن الضمير فى«عليهن»يرجع إلى الحامل بغير إشكال،ثم أورد بعض الأدله المتقدمه.

أقول:و المسأله محل إشكال لعدم النص الواضح القاطع لماده القيل و القال، و أما قوله فى شرح النافع فى الاستدلال على ما اختاره بأنه المستفاد من الآيه من حيث إن الضمير فى«عليهن»يرجع إلى الحامل فهو عجيب،إذ الجميع متفقون على أن الإنفاق إنما هو على الام،و هى التى تأكل و تشرب و تلبس،و إنما الخلاف فى أن هذا الإنفاق عليها هل لاستحقاقها له و أنها هى صاحبه الحق و إن كان السبب فى ذلك الحمل الذى فى بطنها؟أو أن المستحق لذلك إنما هو الحمل و الإنفاق عليها إنما هو لأجل الحمل بأن يعيش فى بطنها حتى تلده فهو المستحق أولا و بالذات،و الإنفاق عليها إنما هو بمنزله الطريق إلى بقائه؟ و بالجمله فإن الآيه لا دلاله فيها على ما ادعاه،ثم إنهم قد ذكروا هنا

فروعا عديده على القولين المذكورين لا بأس بذكرها،و إن كان قليل الجدوى فى هذا المجال لما عرفت من عدم ثبوت الأصل و أنه محل الاشكال،فكل ما يتفرع عليه باق فى زاويه الإجمال و الاحتمال.

و(منها)إذا تزوج الحر أمه و شرط مولاها رق الولد و قلنا بجواز ذلك فأبانها و هى حامل فعلى القول بأنها للحمل لا تجب على والده،لأن الولد ملك لغيره،و إنما يجب على سيده،و هو سيد الأمه،و على القول بأنها للحامل تجب على الزوج.

و(منها)إذا تزوج عبد بأمه فأبانها حاملا فعلى القول بأن النفقه للحمل تكون على سيد الولد منفردا أو مشتركا دون الأب لأنه عبد و العبد لا تجب عليه نفقه أقاربه:و على القول بأنها للحامل فإن النفقه على العبد فى كسبه أو على سيده.

و(منها)ما لو تزوج عبد بحره و شرط مولى العبد رقيه الولد،فإن جعلنا النفقه للحمل فهى على المولى،و إن جعلناها للحامل فهى فى ذمه المولى أو كسب العبد على الخلاف فى ذلك.

و على هذه الفروع اقتصر الشيخ و المحقق،و زاد المتأخرون أن(منها) ما لو لم ينفق عليها حتى مضت مده أو مجموع العده،فمن قال بوجوبها للحمل فإنه لا يوجب قضاءها لأن نفقه الأقارب لا تقضى،و من قال أنها لها أوجب القضاء لأن نفقه الزوجه مما يقضى كما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى.

قال فى المسالك:و أورد على هذا بأن القضاء إنما هو للزوج لكونها معاوضه، و الزوجيه هنا منتفيه قطعا،و أجيب بأن الوجوب لها على حد الوجوب للزوجه و فيه منع.و يمكن الجواب بأن النفقه حق مالى و الأصل فيه وجوب القضاء،خرج القريب من ذلك بدليل خارج،لأنها معونه لسد الخله فيبقى الباقى على الأصل،انتهى.

أقول:لاـ يخفى ما فى هـذا الجواب من تطرق المناقشه إليه،فإن مرجع كلام المورد إلى أنه ليس كل نفقه يجب قضاؤها،فإن نفقه الأقـارب لاـ يجب قضاؤهـا و نفقه الزوجه التى قـام الـدليل على وجوب قضائهـا إنمـا هى التى وجبت من حيث الزوجيه لأنها فى مقابله التمكين كما تقدم،فهى معاوضه كما ذكره و من ثم إن الناشـز و من أخلت بالتمكين لا نفقه لهما،و ما عدا ذلك فالأصـل براءه الـذمه من النفقه أو قضائهـا،و بـذلك يظهر لـك ما فى قوله«إن النفقه حق مالى و الأصل فيه وجوب القضاء»فإنه مغالطه،إذ الخصم يمنع الكبرى على الإطلاق.

و بـالجمله فـإنه لمـا كـان المعلـوم من الأـدله أن وجـوب نفقه الزوجه إنمـا هـو من قبيـل المعـاوضه،فهى لاـ تكون إلاـ من حيث الزوجيه،و وجوب القضـاء إنما يفرع على ذلك،و الزوجيه مفقوده فى محل البحث،كما هو المفروض،فالقول بوجوب القضاء فى محل البحث خلف ظاهر،و الأصل الذى ادعاه من وجوب القضاء معارض بأن الأصل براءه الذمه.

و(منها)ما لو كانت ناشـزا حال الطلاق،أو نشـزت بعده،فعلى القول بأن النفقه لها تسقط لما علم من أن المطلقه حيث يجب نفقتها كالزوجه تسقط نفقتها حيث تسقط،و تجب حيث تجب،و على القول بأنها للحمل لا تسقط.

أقول:و يعترينى فى هذا المقام إشـكال حيث إن ظاهر كلامهم و قولهم هنا النفقه للحامل ليس المراد به أنها تستحق النفقه أصاله كما فى اسـتحقاقها لو كانت زوجه أو مطلقه رجعيه،و إنما المراد استحقاقها لا لأجل الحمل و بقائه و حفظه إلى أن تلده،و حينئذ فالنشوز لا يؤثر فى منع النفقه،و هم متفقون على أن البائن لا تسـتحق نفقه و هـذه بائن،و إنما اسـتحقاقها من أجل الحمل،و لهـذا قيـل:بـأن النفقه إنما هى للحمل دونها.و بالجمله فالظاهر أن النشوز سـيما بعـد الطلاق البائن لا يؤثر فى منع النفقه على القول بأن النفقه لها.

و(منها)ما لو ارتدت بعد الطلاق فيسقط نفقتها على الأول دون الثانى.إلى

غير ذلک من المواضع التی من أراد الوقوف علیها فلیرجع إلی المسالک و غیره من المطولات.

[المقام] الرابع [فی نفقه الحامل المتوفی عنها زوجها]

ما ذکره من الحامل المتوفی عنها زوجها،و الخلاف فی هذه المسأله مشهور بین الأصحاب لاختلاف أخبارها،فذهب الشیخ فی النهایه و الأکثر و منهم الصدوق فی المقنع و ابن الجنید و أبو الصلاح و ابن البراج و ابن حمزه إلی وجوب الإنفاق علیها من مال الولد،و ذهب جمع منهم ابن إدریس و المحقق و العلامه و سائر المتأخرین إلی العدم،و هو المنقول عن الشیخ المفید کما سیأتی ذکره إن شاء الله تعالی،و نقله فی المختلف عن ابن أبی عقیل حیث قال:و قال ابن أبی عقیل:

لا نفقه للمتوفی عنها زوجها سواء کانت حبلی أو غیر حبلی،و اختاره فی المسالک.

و الذی وصل إلی من الأخبار فی هذا المقام منه ما رواه

ثقه الإسلام (۱)فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه قال فی الحبلی المتوفی عنها زوجها:أنها لا نفقه لها».

و عن أبی الصباح الکنانی (۲)فی الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی المرأه الحامل المتوفی عنها زوجها هل لها نفقه؟قال:لا».

و عن زراره (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی المرأه المتوفی عنها زوجها هل لها نفقه؟فقال:لا».

و ما رواه

فی التهذیب (۴)عن زید أبی أسامه قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۱۴ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۱۵۱ ح ۱۲۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۴ ب ۹ ح ۱.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۱۵ ح ۸،التهذیب ج ۸ ص ۱۵۰ ح ۱۲۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۴ ب ۹ ح ۲.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۱۵ ح ۹،التهذیب ج ۸ ص ۱۵۱ ح ۱۲۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۴ ب ۹ ح ۳.
۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۵۱ ح ۱۲۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۵ ح ۷.

عن الحبلى المتوفى عنها زوجها هل لها نفقه؟فقال:لا».

و عن محمد بن مسلم (۱)فى الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال:

«سألته عن المتوفى عنها زوجها إلها نفقه؟قال:لا».

و ما رواه

فى الكافى و الفقيه (۲)عن محمد بن الفضيل عن أبى الصباح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«المرأه الحبلى المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذى فى بطنها».

قال فى شرح النافع بعد ذكر هذه الروايه:و جمع من الأصحاب و صفوها بالصحه،و هو منظور فيه،فإن فى طريقها محمد بن الفضيل و هو مشترك بين الثقه و الضعيف،و لعلهم اطلعوا على قرائن أفادت أنه ثقه،و نحوه قال فى المسالك.

أقول:بل الظاهر أن وصفها بالصحه إنما وقع سهوا من المتقدم،فتبعه عليه من تأخر عنه لعدم المراجعه إلى السند،و أمثاله كثيره كما لا يخفى على المتتبع.

و ما رواه

فى الكافى (۳)عن محمد بن مسلم فى الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال:

« المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من ماله».

و ما رواه

فى الفقيه (۴)عن السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام قال:

« نفقه الحامل المتوفى عنها زوجها من جميع المال حتى تضع». و أكثر هذه الأخبار قد دل على أنه لا نفقه لها كما ذهب إليه ابن إدريس و من تأخر عنه.

و الشيخ قد حملها على أنه لا نفقه لها يعنى من مال الميت و إن كان لها النفقه

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۱۵۲ ح ۱۲۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۵ ح ۶.

۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۱۱۵ ح ۱۰،الفقيه ج ۳ ص ۳۳۰ ح ۳،التهذيب ج ۸ ص ۱۵۲ ح ۱۲۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۶ ب ۱۰ ح ۱.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۲۰ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۱۵۱ ح ۱۲۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۵ ح ۴.

۴- ۴) الفقیه ج ۳ ص ۳۳۰ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۱۵۲ ح ۱۲۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۶ ب ۱۰ ح ۲.

من مال الولـد،قال فی شـرح النافع بعـد نقل ذلک عنه:و لا بأس بهـذا الجمع لو تکافأت الروایات فی السـند و الـدلاله،لکنه محل نظر.

و فیه أن صحیحه محمد بن مسلم الاولی قد صرحت-بعد نفی النفقه أو النهی عنها-بأنه ینفق علیها من مالها،و بذلک یظهر أنه لا یتم هذا الجمع،فنفی البأس عنه إنما نشأ عن الغفله عن ملاحظه الصحیحه المذکوره،فإنها صریحه فی أنه إنما ینفق علیها من مالها لا من مال المیت،و لا مال الولـد،و نقل عن الشـیخ المفیـد فی کتاب التمهیـد أنه أنکر الحکم بالإنفاق علیها من مال الحمل تمام الإنکار، فقال:إن الولـد إنما یکون له مال عند خروجه إلی الأرض حیا،فأما و هو جنین لا یعرف له موت من حیاه فلا میراث له و لا مال علی الاتفاق،فکیف ینفق علی الحبلی من مال من لا مال له لو لا السهو فی الروایه أو الإدخال فیها.انتهی، کذا نقله عنه ابن إدریس لتأیید ما ذهب إلیه.

و قـال العلامه فی المختلف:و التحقیق أن نقول:إن جعلنـا النفقه للحمـل فالحق ما قاله الشـیخ،و إن جعلناها للحامل فالحق ما قاله المفید.

و اعترضه السـید السـند فی شرح النافع فقال:ما ذکره بعید عن التحقیق، إذ لیس فی الروایات المتضمنه لهذا الحکم (۱)دلاله علی أن النفقه للحمل بوجه، و إنما المسـتفاد منها أن ینفق علی الحامل من نصـیب الحمل،فإن وجب العمل بها تعین المصـیر إلی هذا الحکم مطلقا،و إن ترجـح ردها-إما لقصورها من حیث السـند أو الـدلاله أو لما ذکره المفید من أن الحمل لا مال له-وجب نفی هذا الحکم رأسا کما ذکره المفید و ابن إدریس،أما التفصیل فلا وجه له،انتهی.

أقول:الظـاهر أن مراد العلامه من هـذا الکلام هو الجمع بین أخبار المسأله بحمل ما دل علی وجوب الإنفاق علیها من مال ولـدها الذی فی بطنها،علی أن هذه النفقه للولد لا للحامل،و حمل ما دل علی أنه لا نفقه بالکلیه کما دلت علیه

۱- ۱) أی الأمر بالإنفاق(منه-قدس سره-).

أكثر الأخبار على النفقه للحامل،و مرجعه إلى أنها تستحق النفقه للولد، و لا تستحقها لنفسها،و حينئذ فقول السيد«أن المستفاد من الأخبار أن ينفق على الحامل من نصيب الحمل،فإن وجب العمل.إلخ»مردود بأنه و إن استفيد ما ذكره من هذا الخبر إلا أن الأخبار الأخر ظاهره فى أنه لا نفقه مطلقا و الواجب الجمع بين الجميع بوجه يرفع الاختلاف من البين،فكيف يتم قوله إنه إن عمل بهذه الروايه كان كذا،و إن وجب ردها كان كذا،فإن فيه إنا نريد العمل بالروايه المذكوره على وجه تجتمع به مع الروايات الأخر و هو يحصل بالتفريع على تلك المسأله.

قوله«ليس فى الروايات المتضمنه لهذا الحكم دلاله على أن النفقه للحمل بوجه»مسلم لكن ارتكاب التأويل لا يتوقف على ذلك كما لا يخفى فإن التأويل ليس إلا الحكم بخلاف الظاهر،و الروايه و إن لم تكن متضمنه لذلك و لا دلاله عليه إلا أنه يمكن حملها على ذلك.

و بالجمله فالظاهر أن ما ذكره-رحمه الله-لا يخلو من شوب المناقشه بحسب فهمى القاصر،و بعض مشايخنا المحدثين (۱)من متأخرى المتأخرين احتمل فى الجمع بين روايات المسأله بحمل ما دل على وجوب الإنفاق من نصيب الولد على ما إذا كانت محتاجه لأنه تجب نفقتها عليه،و حمل ما دل على عدم الإنفاق على ما إذا لم تكن محتاجه،و هو لا يخلو من قرب.

و كيف كان فالمسأله لا تخلو من شوب الاشكال،و إن كان ما ذهب إليه المتأخرون أقرب،لتكاثر الأخبار به،و عدم نهوض روايه أبى الصباح التى استند إليها المتقدمون بالمعارضه،إلا أن شهره الفتوى بها بين المتقدمين-سيما الصدوق فإنه قال فى الفقيه«و الذى نفتى به روايه الكنانى»-مما يوجب مزيد اعتبار لها.

بقى الكلام فى الروايات الباقيه و منها صحيحه محمد بن مسلم الثانيه،و قوله فيها«ينفق عليها من ماله»و الشيخ قد استدل بهذه الروايه على ما ذهب إليه من

۱- ۱) هو شيخنا المجلسى-قدس سره-فى حواشيه على كتب الاخبار.(منه-قدس سره-).

وجوب الإنفاق من مال الولـد،مدعيا أن الضـمير فى قوله«من ماله»يعود إلى الولد،قال فى الاسـتبصار:قوله عليه السـلام«ينفق عليها من مـاله»محمول على أنه ينفق عليها من مال الولـد إذا كانت حاملا،و الولـد و إن لم يجر له ذكر جاز لنا أن نقـدره لقيام الـدليل كمـا فعلنـاه فى مواضع كـثيره من القرآن و غيره.انتهى،و لاـ يخفى مـا فيه من البعـد،فـإن تقـدير الولـد فرع الـدلاله عليه فى الخبر بوجه،و الخبر لاـ دلاـله فيه على محـل البحث و هى الحامـل،و إنما مورده المتوفى عنها زوجها و هـذا الخبر أورده فى الكافى فى باب الرجل يطلق امرأته ثم يموت قبل أن تنقضى عدتها،و هو يشعر بأنه حمل الخبر على المطلقه قبل الوفاه و إن لم تكن حاملا.

و كيـف كـان فـالخبر مع كـونه بحسـب ظـاهره لاـ يخلـو مـن الاشـكال ليس من أخبـار المسـأله الـتى يمكن الاعتمـاد إليهـا فى الاستدلال،و حمله بعض المحدثين من متأخرى المتأخرين أنه يستحب للورثه ذلك.

و منها روايه السـكونى المتضمنه لأن نفقه الحامل المتوفى عنها زوجها من جميع المال (۱)و الشيخ حمله فى التهذيبين تاره على الاسـتحباب مع رضاء الورثه، و اخرى على نصـيب الولد قبل القسـمه لعدم تميزه بعد لتوقفه بعد على العلم بكونه ذكرا أو أنثى،و لعل الثانى أقرب،و أقرب منه الحمل على التقيه،لمخالفه الخبر لفتوى الطائفه و أخبارهم مضافا إلى أن الروايه من العامه.

المسأله الثالثه [فى أن الرجوع فى قدر النفقه إلى العرف و العاده]

اشاره

الظاهر أن الرجوع فى قـدر النفقه إلى العرف و العاده، و كـذا فى الاخدام و عدمه،و تفصـيل الكلام فى المقام أنه ينبغى أن يعلم أنه لما كانت الأوامر بالنفقه فى الكتاب و السنه مطلقه مثل قوله عز و جل

۱- ۱) أقول:و فى معنى روايه السكونى المذكوره ما رواه الراوندى عن موسى بن جعفر عن آبائه عليهم السلام قال:قال على عليه السلام:الحامل المتوفى عنها زوجها نفقتها من جميع مال الزوج حتى تضع.(منه-قدس سره-)مستدرك الوسائل ج ۲ ص ۶۳۶ ب ۵ ح ۲.

«وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ»

(۱)

و قوله «فَلْيُنْفِقْ مِمّا آتاهُ اللّهُ» (۲)

و قولهم علیهم السلام فیما تقدم من الأخبار (۳)

«یشبعها و یقیم ظهرها و یطعمها ما یقیم صلبها». و نحو ذلک کان المرجع فیها إلی العرف و العاده فیما جزم له الأصحاب،لأنه الحکم فی ذلک حیث لا یرد له تقدیر من الشارع.

و هکذا الکلام فی الکسوه فإنه قد تقدم فی الأخبار أن الواجب علیه الکسوه و فی بعض ما یستر العوره و نحو ذلک،و الأصحاب قد صرحوا بأنها ترجع فیما تحتاج إلیه-من الطعام و جنسه من البر و الشعیر و التمر و الزبیب و الذره و غیرها،و الإدام الذی تأتدم به من السمن و الزیت و الشیرج و اللحم و اللبن و غیره،و الکسوه من القمیص و السراویل و المقنعه و الجبه و غیرها و جنسها من الحریر و القطن و الکتان، و الإسکان فی دار و بیت لا یقین بحالها،و الإخدام إذا کانت من ذوی الحشمه و المناصب المقتضیه لذلک،و آله الادهان التی تدهن به شعرها و ترجله من شیرج أو زیت مطلق أو مطیب بالورد أو البنفسج أو غیرهما مما یعتاد لأمثالها و المشط و ما تغسل به الرأس من السدر و الطین و الصابون علی حسب عاده البلد و نحو ذلک مما یحتاج إلیه-إلی عاده أمثالها من أهل بلدها،و إن اختلفت العاده رجع إلی الأغلب، و مع التساوی فما یلیق منه بحاله.

أقول:و الذی حضرنی من الأخبار المتعلقه مضافا إلی الأخبار المتقدمه ما رواه

الشیخ فی الصحیح و الکلینی (۴)بسنده فیه إرسال عن شهاب بن عبد ربه قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام ما حق المرأه علی زوجها؟قال:یسد جوعتها و یستر عورتها

۱- ۱) سوره البقره-آیه ۲۳۳.

۲- ۲) سوره الطلاق-آیه ۷.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۵۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۲۳ ب ۱.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۵۱۱ ح ۵،التهذیب ج ۷ ص ۴۵۷ ح ۳۸ و فیهما اختلاف یسیر، الوسائل ج ۱۵ ص ۲۲۶ ب ۲ ح ۱.

و لا ـ يقبح لها وجها،فإذا فعل ذلك فقد أدى و الله إليها حقها،قلت:فالدهن؟ قال:غبا يوم و لا يوم لا،قلت:فاللحم؟قال:فى كل ثلاثه أيام فيكون فى الشهر عشر مرات لا أكثر من ذلك فى كل سته أشهر،و يكسوها فى كل سنه أربعه أثواب ثوبين للشتاء و ثوبين للصيف،و لا ينبغى أن يقفر بيته من ثلاثه أشياء:

دهن الرأس و الخل و الزيت و يقوتهن بالمد،فإنى أقوت به نفسى،و ليقدر لكل إنسان منهم قوته فإن شاء أكله و إن شاء وهبه و إن شاء تصدق به،و لا ـ تكون فاكهه عامه إلا أطعم عياله منها،و لا يدع أن يكون للعيد عندهم فضلا فى الطعام أن ينيلهم من ذلك شيئا لا ينيلهم فى سائر الأيام».

أقول:ما اشتمل عليه الخبر من التقدير بالمد فى النفقه لم يقف على قائل به إلا الشيخ-رحمه الله عليه-فى الخلاف،و فى المبسوط فصل فجعل على الموسر مدين كل يوم و على المتوسط مدا و نصفا و على المعسر مدا.

أقول:أما التقدير بالمد كما ذكره فى الخلاف فقد عرفت مستنده،و أما التفصيل الذى ذكره فى المبسوط فلم نقف له على مستند فى الأخبار إلا أن يكون نوع من الاعتبار.

و قال فى المسالك-بعد نقل ذلك عن الشيخ-:و الأصل فى هذا التقدير أن المد قدره الشارع فى الكفارات قوتا للمسلمين فاعتبرت النفقه به،لأن كل واحد منهما مال يجب بالشرع لأجل القوت،و يستقر فى الذمه،و ربما أوجب الشارع فى بعض الكفارات لكل مسكين مدين،فجمع فى القول الثانى بين الأمرين فجعل المدين على الموسر،و المد على المعسر و جعل المتوسط بينهما،فألزمه بمد و نصف،و الأقوى ما اختاره المصنف من عدم التقدير،و الرجوع إلى قدر الكفايه و سد الخله و هى الحاجه و هو اختيار ابن إدريس و سائر المتأخرين لأن التقدير رجوع إلى تخمين و ضرب من القياس لا ـ يطابق أصول مذهبنا،انتهى.

و الظاهر أن شيخنا المذكور غفل عن الخبر الذى نقلناه،و إنما التجأ

فی توجیه کلام الشیخ إلی الحمل علی الکفاره،و قد عرفت ورود النص به.

نعم ما ذکره فی المبسوط خال من النص،و الإیراد علیه إنما هو بالنسبه إلی ما ذکره فی المبسوط خاصه،إلا أنه یمکن حمل الخبر المذکور علی أن ذلک کان عادتهم فی تلک الأوقات کما یستفاد من جمله من الروایات بالنسبه إلی الکفارات و الصدقات کما فی حدیث ضیعه الصادق علیه السلام المسماه بعین زیاد.

و أما قوله فی الخبر«و الصبغ فی کل سته أشهر»فالظاهر أن المراد به مثل الحناء و الوسمه و الثیاب المصبوغه،و أما ما اشتمل علیه من أن اللحم فی کل ثلاثه أیام،فلا أعلم به قائلا علی هذا الإطلاق،و المنقول عن الشیخ أنه اعتبر اللحم فی کل أسبوع مره محتجا بأنه المعروف قال:و یکون یوم الجمعه.

و عن ابن الجنید أنه أوجب اللحم علی المتوسط فی کل ثلاثه أیام.

و کیف کان فالعمل علی ما دل علیه الخبر من کونه فی کل ثلاثه أیام متوسطا أو غیره،و الظاهر أن المراد بالدهن الذی حکم بکونه غبا هو دهن البدن،فإنه فی الصدر الأول متعارف لیبوسه أهویه تلک البلدان.

ثم إن الظاهر من کلام العلامه فی المختلف أنه لم یقف أیضا علی الخبر المذکور کما لا یخفی علی من راجعه،و نحوه ابن إدریس فی رده علی الشیخ فی ما ادعاه من الدلیل علی هذه المسأله بإجماع الفرقه و أخبارهم،و أنکر وجود الأخبار بذلک،و الکل صادر عن غفله عن النص المدعی،و مع أنه صحیح السند صریح الدلاله،إلا أن الظاهر أن الوجه فیه ما ذکرناه.

تنبیهات

الأول [وجوب اتخاذ الخادم للزوجه إن کان من شأنها]

لا یخفی أن فی النساء من لا تخدم نفسها بحسب عاده أمثالها و أهل بلدها لشرفها و علو منزلتها بل لها من یخدمها،فهذه یجب علی الزوج أن یتخذ لها خادما بآیه المعاشره بالمعروف،و لا فرق عند الأصحاب بین کون الزوج معسرا

أو موسرا،حرا أو عبدا،لأن الاعتبار بحال المرأه فی بيت أبيها،و يجب أن يكون الخادم امرأه أو صبيا أو محرما لها،و فی جواز مملوكها الخصی نظر،ينشأ من جواز نظره إليها و عدمه،و قد تقدم الكلام فيه فی بعض فوائد المقدمه،و أما من تخدم نفسها بحسب العاده فلا تجب فی حقها ذلک إلا لمرض و نحوه،فعلی الزوج حينئذ إقامه من يخدمها.

الثانی:

قالوا:إذا أخدمها بحره أو أمه مستأجره فليس عليه سوی الأجره و إن أخدمها بجاريته كانت نفقتها عليه من جهه الملک،و إن كان يخدمها بكفايه مؤنه خادمها فهذا موضع نفقه الخادم،و القول فی جنس طعامها و قدره كما هو فی جنس طعام المخدومه،و لو قال الزوج:أنا أخدمها لإسقاط مؤنه الخدمه عن نفسه فله،لأن ذلک حق عليه يجب عليه وفاؤه بنفسه أو غيره،هذا مما لا يستحيی منه كغسل الثوب و استسقاء الماء و كنس البيت و طبخ الطعام،أما ما يستحيی منه كالذی يرجع إلی خدمه نفسها من صب الماء علی يدها و حملها إلی الخلاء و غسل خرق الحيض و الجماع و نحو ذلک فلها الامتناع من خدمته لأنها تحتشمه و تستحيی منه فيضر بحالها،و أطلق جماعه تخيره فی الخدمه بنفسه مطلقا لأن الحق عليه فالتخيير فی جهاته إليه.

الثالث:

قد عرفت أنه يرجع فی جنس المأكول و الملبوس و الإدام إلی عاده أمثالها من أهل البلد،و كذا فی المسكن،قالوا:و لها المطالبه بالتفرد بالمسكن عن مشارک غير الزوج،و المراد من المسكن ما يليق بها من دار و حجره و بيت فالتی يليق بها الدار و الحجره لا يسكن معها غيرها فی دار واحده بدون رضاها، لكن لو كان فی دار حجره مفرده المرافق فله أن يسكن،و كذا لو أسكن واحده فی العلو و واحده فی السفل و المرافق متميزه،و لا تجمع بين الضرتين،و لا بين المرأه و غيرها فی بيت واحد مطلقا إلا بالرضا.

الرابع:

قالوا:تختلف الكسوه باختلاف الفصول و البلدان فی الحر و البرد فيعتبر فی الشتاء زياده الحشو بالقطن و نحوه،و يرجع فی جنسه من القطن

و الکتان و الحریر إلی عاده أمثالها،و کذا یجب فی الصیف الثیاب اللائقه بحالها من الکتان و الحریر و نحوه مما یعتاد،و یعتبر مع ذلک ثیاب التجمل زیاده علی ثیاب البدله إذا کانت من أهل التجمل،و لو کانت البلاد بارده و لم یستغن بالثیاب عن الوقود وجب لهن الحطب و الفحم بقدر الحاجه،و یجب أیضا مراعاه ما یفرش علی الأرض من البساط و الحصیر و الملحفه و النطع و المخده و اللحاف بما یلیق بحالها عاده بحسب الفصول،و قد عد الفقهاء فی هذا الباب أشیاء کثیره بحسب ما اتفق اعتیاده عندهم،و مرجعه إلی ما یعتبر فی العاده لأمثالها فی بلدها فی کل وقت بما یناسبه.

المسأله الرابعه:

اشاره

و هی تتضمن حکمین

(أحدهما) [فی أن الزوجه تملک نفقه یومها مع التمکین]

لا خلاف بین الأصحاب فی أن الزوجه تملک نفقه یومها مع التمکین،فلو منعها و انقضی الیوم أو الأیام وجب قضاؤها.

قال فی المسالک:لما کان المقصود من النفقه القیام بحاجتها و سد خلتها لکونها محبوسه لأجله فالواجب منها أن یدفع یوما فیوما،إذ لا وثوق باجتماع الشرائط فی باقی الزمان،و الحاجه تندفع بهذا المقدار،فیجب دفعها فی صبیحه کل یوم إذا طلع الفجر و لا یلزمها الصبر إلی اللیل لیستقر الوجوب لتحقق الحاجه لأنها تحتاج إلی الطحن و الخبز و الطبخ،إذ الواجب علیه دفع الحب و نحوه و مؤنه إصلاحه لا عین المأکول عملا بالعاده،فلو لم یسلم إلیها أول النهار لم تنله عند الحاجه،و لو منعها من النفقه و انقضی الیوم ممکنه استقرت ذلک الیوم فی ذمته لأن نفقه الزوجه اعتیاض فی مقابله الاستمتاع،فتصیر بمنزله الدین، و کذا نفقه الأیام المتعدده إذا مضت و لم ینفق علیها،انتهی.

أقول:لا أعرف لما ذکره من هذا التفصیل نصا واضحا و لا دلیلا صالحا، فإن الظاهر من الأخبار المتقدمه سیما صحیحه شهاب بن عبد ربه أن الواجب شرعا إنما هو عین المأکول لا الحب و أمثاله مما یحتاج إلی علاج و مزاوله

و استناده-فی الوجوب لما ذکره إلی العاده-مردود،بأن ذلک إنما هو من حیث المسامحه و التراضی و عدم المضایقه فی الحقوق الشرعیه،ألا تری أن العاده قاضیه بتکلف المرأه فی خدمه البیت بما لا یجب علیها شرعا من طبخ و خبز و غسل ثیاب لنفسها و زوجها و نحو ذلک.

و بالجمله فإن الظاهر أن الحق الشرعی لها إنما هو شیء یوکل بغیر مؤنه و لا کلفه من خبز أو تمر أو نحوهما،و هذا هو ینطبق علیه حدیث المد و هو الظاهر من تلک الأخبار المطلقه من قوله«یشبعها و یقیم صلبها»و نحو ذلک و التکلیف بما زاد مما ذکره هو و غیره-رحمه الله-محتاج إلی دلیل و لا دلیل، و التمسک بقضیه العاده بین الناس قد عرفت أنه غیر خال من وصمه الشک و الالتباس إلا أنی أظن أن ما ذکرناه مما یکبر فی صدور بعض الناظرین فی المقام ممن تألف متابعه الشهره فی الأحکام و کل میسر لما خلق له.

نعم ما ذکره من قضاء النفقه لو أخر دفعها عن وقتها لا ریب فیه لما ذکره، ثم إنه قال فی المسالک أیضا:ثم استحقاق الزوجه المئونه علی وجه التملیک لا الإمتاع،لأن الانتفاع به لا یتم إلا مع ذهاب عینه،و کذا حکم کلما یستهلک من آله التنظیف و الدهن و الصابون و الطین و نحو ذلک،فإذا دفعه إلیها ملکت نفقه الیوم و تخیرت بین التصرف فیه أو فی بعضه و استفضال بعضه و جمیعه و الإنفاق علی نفسها من مالها کما تخیر فی جهات أموالها،انتهی.

أقول:و یدل علیه قوله علیه السلام

فی صحیحه شهاب المتقدمه

«و یقدر لکل إنسان منهم قوته فإن شاء أکله و إن شاء وهبه و إن شاء تصدق به».

و

(ثانیهما) [اختلاف الأصحاب فی کون الکسوه تملیکا أو إمتاعا]

قد اختلف الأصحاب فی کون الکسوه تملیکا أو إمتاعا، و بالأول قال الشیخ فی المبسوط،و المحقق و العلامه فی غیر التحریر و القواعد و الثانی (1)خیره العلامه فی القواعد و شیخنا الشهید الثانی فی الروضه و المسالک،

۱- ۱) و علی هذا القول فلیس لها بیعها و لا التصرف فیها بغیر اللبس من أنواع التصرفات، و لا لبسها زیاده علی المعتاد کیفیه و کمیه،فإن فعلت فأبلتها قبل المده التی تبلی فیها عاده لم یجب علیه إبدالها بغیرها،و کذا لو أبقتها زیاده علی المده و له إبدالها بغیرها مطلقا و تحصیلها بالإعاده و الاستیجار و غیرهما،و لو طلقها و ماتت و نشزت استحق ما یجده منها مطلقا.و أید هذا القول بأن الغایه من الکسوه الستر و هو یحصل بالإمتاع کالسکنی و أصاله براءه الذمه من التملیک.(منه-قدس سره-).

و تردد العلامه فی التحریر.

احتج من قال بالأول بقوله تعالی «وَ عَلَی الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ کِسْوَتُهُنَّ» و التقریب فیها أنه عطفها علی الرزق،فیکون الواجب فیهما واحدا لاقتضاء العطف التسویه فی الحکم و هو فی الرزق التملیک فیکون کذلک فی الکسوه،و لقوله صلی الله علیه و آله و سلم«و لهن علیکم رِزْقُهُنَّ وَ کِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» فاللام للملک.

و تنظر فیه فی المسالک قال:لمنع اقتضاء العطف التسویه فی جمیع الأحکام و جمیع الوجوه سلمنا،لکن المعتبر الاشتراک فی الحکم المذکور دون صفته و کیفیته،فإن قولنا:أکرم زیدا و عمرا یقتضی اشتراکهما فی أصل الإکرام لا التسویه فیه من کل وجه.و الظاهر من الحکم هنا هو کون الرزق مستحقا علیه فیکون الکسوه کذلک،و أما کیفیه الاستحقاق فأمر آخر خارج عن أصل الحکم،و من الجائز أن یرید بقوله «وَ کِسْوَتُهُنَّ» جعلهن مکتسئین و هو یتم بالامتاع.و أما الخبر فمع قطع النظر عن إسناده یجوز أن تکون اللام للاستحقاق لا الملک أو الاختصاص بل هو الأصل فیها،کما حققه جماعه و هما یتحققان بالإمتاع،انتهی.

أقول:و المسأله عندی محل توقف و إشکال لعدم النص القاطع لماده القیل و القال،و الرکون إلی هذه التعلیلات المتعارضه فی کلامهم و الجاریه علی رؤوس أقلامهم فی تأسیس الأحکام الشرعیه مجازفه محضه.ثم إنهم ذکروا بناء علی القولین المذکورین فروعا یظهر فیها فائده الخلاف.

(منها)ما لو دفع إلیها کسوه لمده جرت العاده ببقائها إلیها فتلفت فی یدها

ص:126

قبل مضى المده من غير تقصير،فعلى القول بالتمليك لا يجب عليه إبدالها لأنه قد وفى ما عليه فأشبه ما إذا ملكها النفقه فتلفت فى يدها.و على القول بالإمتاع يجب عليه إبدالها قالوا:و لو أتلفتها بنفسها فلا إبدال على القولين لأنه على الإمتاع يلزمها ضمانها فكأنها لم تتلف،و أما على الملك فظاهر مما تقدم.

(و منها)لو انقضت المده و الكسوه باقيه لرفقها بها فعليه كسوه أخرى على الأول و هو الذى حكم به فى الشرائع لأن ملكها لها مترتب على المده المعتاده لها كما لو استفضلت من طعام يومها،و على الثانى لا تلزمه حتى يبلى عندها.

(و منها)ما لو مات فى أثناء المده أو ماتت هى أو طلقها و الكسوه باقيه فى المده التى تصلح لها فعلى القول بالإمتاع تسترد مطلقا.و على القول بالتمليك قال فى المسالك:يحتمل قويا ذلك.يعنى الاسترداد مطلقا لأنه أعطاها للمده المستقبله و هو غير واجبه كما لو أعطاها نفقه أيام،و هو الذى جزم به المصنف فيما يأتى و عدمه لأن تلك المده بالنسبه إلى الكسوه كاليوم بالنسبه إلى النفقه، و سيأتى أن النفقه لا تسترد لو وقع ذلك فى أثناء النهار.

(و منها)إذا لم يكسها مده صارت الكسوه دينا عليه على الأول كالنفقه، و على الإمتاع لا يصير دينا.

(و منها)أنه يجوز له أخذ المدفوع إليها و يعطيها غيره على القول بالامتناع و على القول بالتمليك لا يجوز ذلك إلا برضاها.

(و منها)أنه لا يصح لها بيع المأخوذ و لا التصرف فيه بغير اللبس إن قلنا بالإمتاع،و يصح على القول بالتمليك،إن لم يناف غرض الزوج من التزين و التجمل.

(و منها)جواز إعطائها الكسوه بالإعاره و الإجاره على تقدير القول بالتمليك دون القول بالإمتاع،و لو تلف المستعار فضمانه على الزوج.

المسأله الخامسه [فيما لو ادعت البائن أنها حامل]

قد صرح بعض الأصحاب بأنه إذا ادعت البائن أنها حامل صرفت إليها النفقه يوما فيوما،فإن تبين الحمل،و إلا استعيدت.و مقتضى هذا الكلام وجوب النفقه بمجرد دعواها،و إن لم يتبين أو يظن صحه ذلك،قيل:

و وجهه أن الحمل فی ابتدائه لا یظهر إلا لها،فقبل قولها فیه کما یقبل فی الحیض و العده،لأن الجمیع من الأمور التی یختص بها و لا یعلم إلا من قبلها،و أیضا فإن فی ذلک جمعا بین الحقین،و حق الزوج علی تقدیر عدم ظهور ذلک ینجبر بالرجوع علیها،و فی التأخیر إلی أن یتحقق إضرار لها مع حاجتها إلی النفقه، و عدم وجوب قضائها لو قلنا إن النفقه للحمل،لأن نفقه الأقارب لا تقضی.

و نقل عن الشیخ فی المبسوط أنه علق وجوب الإنفاق علی ظهور الحمل، و عن العلامه فی التحریر أنه علقها علی شهاده أربع من القوابل،و هو ظاهر اختیاره فی المسالک قال:لأن وجوب الإنفاق علی الزوجه انقطع بالطلاق البائن، و وجوبه علیها مشروط بالحمل،و الأصل عدمه إلی أن یتحقق،و حکم الزوجه به فی الابتداء ظنی،و الظن قد یکذب،و لأنه تعالی قال «وَ إِنْ کُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَیْهِنَّ حَتّٰی یَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» (۱)شرط فی الإنفاق علیهن کونهن أولات حمل،و هذا الوصف لا یتحقق بمجرد الدعوی،انتهی.

أقول:و المسأله لما عرفت من تقابل هذه التعلیلات فی المقام و عدم النص الواضح عنهم علیهم السلام محل توقف و إشکال،و ما ذکره فی المسالک جید،إلا أنه یمکن تخصیصه بما تقدم أولا من التعلیلات،ثم إنه علی تقدیر وجوب الإنفاق علیها بمجرد دعواها هل تطالب بکفیل لجواز ظهور خلاف ما ادعته؟قال فی المسالک:فیه وجهان منشأهما أنها استولت علی مال الغیر بسبب لم یثبت فی نفس الأمر،و إنما حکم به الشارع لتعذر إثبات موجبها قطعا،فلو أخرت إلی الوضع لزم الإضرار بها کما قررناه،فیجمع بین الحقین بالدفع إلیها بکفیل،و من حیث عدم ثبوت استحقاق الرجوع علیها الآن،و الأول لا یخلو من قوه،انتهی.

المسأله السادسه [فی أن النفقه هل هی للحامل أو الحمل]

المشهور بین الأصحاب أنه لا نفقه للبائن إلا المطلقه الحامل،لأن أسباب النفقه منحصره فی الثلاثه المتقدم ذکرها التی أحدها الزوجیه،

۱- ۱) سوره الطلاق-آیه ۶.

و البائن ليست زوجه فتزول السببيه،خرج من ذلك بالنص و الإجماع الحامل المطلقه،فيبقى ما عداها على حكم الأصل.

و قيل بوجوب النفقه على البائن بغير الطلاق إذا كانت حاملا،نظرا إلى أن وجوب النفقه على المطلقه الحامل لأجل الحمل من حيث كونه ولدا للمنفق لا لأجلها،و هذه العله موجوده فى الحامل منه غير المطلقه،و بذلك أفتى فى المبسوط حتى فى الحامل من نكاح فاسد كنكاح الشغار مع الجهل محتجا بعموم الأخبار الداله على وجوب الإنفاق على الحامل.

قال فى المسالك:و يضعف الأول بأنه مبنى على العمل بالقياس،و إلا فالآيه صريحه فى الحامل المطلقه،و مع ذلك فكون النفقه للحمل غير معلوم،و إنما المعلوم أنها للحامل و إن كان ذلك بسببه.

و أما الأخبار التى ادعى الشيخ عمومها فذكرها فى التهذيب،و كلها مقيده بالطلاق إلا روايه

محمد بن قيس (۱)عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«الحامل أجلها أن تضع حملها و عليه نفقتها بالمعروف حتى تضع حملها». فهذه شامله بإطلاقها لغير المطلقه، لكنها ضعيفه السند بمحمد بن قيس فإنه مشترك بين الثقه و غيره،و يمكن حملها على المطلقه حيث يستقل بنفسها.

نعم لو ثبت أنها للحمل اتجه ذلك،و الذى دلت عليه النصوص وجوبها للمطلقه الحامل فيقتصر عليها لكونه على خلاف الأصل،انتهى.

أقول:مرجع الكلام فى هذا المقام إلى الخلاف المتقدم فى أن النفقه هل هى للحامل أو الحمل؟و قد قدمنا فى تلك المسأله أن ظاهره فى المسالك هو التوقف حيث اقتصر على نقل القولين و أدلتهما،و لم يتعرض لترجيح شىء منهما و ظاهره هنا ترجيح كونها للحامل.و الذى يقرب عندى الرجوع فى ذلك إلى

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۰۳ ح ۱،التهذيب ج ۸ ص ۱۳۳ ح ۶۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۱ ح ۳.

الأخبار،فإن المستفاد من أكثرها هو كون موردها المطلقه كما هو ظاهر الآيه و ليس فيها ما ربما ينافى ذلك إلا إطلاق صحيحه محمد بن قيس و هو محمول على ما دل عليه غيرها من التقييد بالمطلقه لأنه هو الفرد الشائع المتكثر،و قضيته الجمع بين الأخبار ذلك.

و أما طعنه فى الصحيحه المذكوره باشتراك محمد بن قيس فقد تكرر منه فى هذا الكتاب فى غير موضع و قد نبهنا على أنه غلط محض كما اعترف به سبطه أيضا فى شرح النافع.

المطلب الثانی،فی نفقه الأقارب:

اشاره

و الکلام فی هذا المطلب یقع فی مواضع:

[الموضع] الأول [فی ترتیب وجوب النفقات]

المفهوم من كلام الأصحاب أن نفقه الإنسان على نفسه مقدمه على غيره من زوجه أو غيرها من الآباء و الأولاد بل على جميع الحقوق من الديون و غيرها و لا إشكال فيه،و نفقه الزوجه مقدمه على نفقه الأقارب،قال السيد السند فى شرح النافع:إن هذا الحكم مقطوع به فى كلام الأصحاب و ظاهرهم أنه موضع وفاق و استدلوا على ذلك بأن نفقه الزوجه وجبت على وجه المعاوضه فى مقابل الاستمتاع بخلاف نفقه القريب،فإنها إنما وجبت لمجرد المواساه،و ما كان وجوبه على وجه المعاوضه أقوى مما وجب على وجه المواساه،و لهذا لم تسقط نفقه الزوجه بغنائها و لا بمضى زمان بخلاف نفقه القريب.

أقول:المفهوم من الأخبار وجوب النفقه للجميع،و قضيه الاشتراك فى الوجوب تساوى الجميع فى ذلك من غير تقديم لبعض على بعض،و مجرد قوه النفقه على الزوجه و أنها أقوى بهذه الوجوه المذكوره لا تصلح لتأسيس حكم شرعى عليه كما عرفت فى غير موضع مما تقدم.

و الذى حضرنى من الأخبار هنا ما رواه

الكلينى (1)فى الصحيح أو الحسن عن

۱- ۱) الكافى ج ۴ ص ۱۳ ح ۱ و فيه«من الذى احتن»،التهذيب ج ۶ ص ۲۹۳ ح ۱۹، الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۷ ح ۳.

حریز عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «قلت:من الذی أجبر علیه و تلزمنی نفقته؟فقال:

الوالدان و الولد و الزوجه».

و روی الشیخ فی التهذیب و الصدوق فی الفقیه (۱)فی الصحیح عن محمد الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام مثله.

و ما رواه

فی الکافی (۲)عن محمد بن مسلم عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت:من یلزم الرجل من قرابته ممن ینفق علیه؟قال:الوالدان و الولد و الزوجه». و زاد فی الفقیه«و الوارث الصغیر،یعنی الأخ و ابن الأخ و نحوه»و الظاهر أن التفسیر من الراوی کما جزم به فی الوافی،و یحتمل أن یکون من کلام الصدوق.

و عن جمیل (۳)فی الصحیح عن بعض أصحابنا عن أحدهما علیهما السلام قال:

«لا یجبر الرجل إلا علی نفقه الأبوین و الولد،قلت لجمیل:و المرأه؟قال:روی بعض أصحابنا و هو عنبسه بن مصعب و سوره بن کلیب عن أحدهما علیهما السلام أنه إذا کساها ما یواری عورتها و أطعمها ما یقیم صلبها أقامت معه و إلا طلقها،قال:قلت لجمیل:

فهل یجبر علی نفقه الأخت؟قال:إن أجبر علی نفقه الأخت لکان ذلک خلاف الروایه».

و المراد من الخبر المذکور أنه یجبر علی نفقه الوالدین و الولد،و أما المرأه فإنه یخیر بین الإنفاق علیها و بین طلاقها،و أما ما ذکر بالنسبه إلی الأخت فالمراد أنه لو قیل بوجوب النفقه علیها لکان ذلک خلاف ظاهر النصوص حیث إن ظاهرها مشعر بالحصر فی العمودین و الزوجه.

و هذه الأخبار کما تری ظاهره فیما ذکرناه من اشتراک الجمیع فی الوجوب، فترجیح بعضها علی بعض بالتقدیم یحتاج إلی دلیل من النصوص،و المسأله لا تخلو

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۵۹ ح ۱،التهذیب ج ۶ ص ۲۹۳ ح ۲۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۷ ح ۶.

۲- ۲) الکافی ج ۴ ص ۱۳ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۷ ح ۵.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۵۱۲ ح ۸،التهذیب ج ۶ ص ۲۹۴ ح ۲۲ و ۲۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۲۴ ح ۴.

من الإشكال،لأن الخروج عما ظاهرهم الاتفاق عليه مشكل و متابعتهم من غير دليل أشكل.

[الموضع] الثانی [فی تعدی الوجوب إلی من علا من الآباء و الأمهات أو سفل من الأولاد]

لا خلاف و لا إشکال فی وجوب النفقه علی الأبوین و إن ارتفعا، و الأولاد و إن سفلوا،و لم یظهر من أحد من الأصحاب خلاف فی ذلک إلا ما یتراءی من تردد المحقق فی الشرائع و النافع،ثم جزم بعد ذلک بالحکم المذکور و وافق القول المشهور.

قال السید السند فی شرح النافع:أجمع العلماء کافه علی وجوب النفقه علی الأبوین و الأولاد-إلی أن قال:-و هل یتعدی الوجوب إلی من علا من الآباء و الأمهات أو سفل من الأولاد؟المشهور بین الأصحاب ذلک،بل لم أقف فیه علی مخالف صریح أو تردد سوی المصنف،و کأن منشأ التردد من الشک فی صدق الآباء و الأمهات و الأولاد علی من علا أو سفل منهم بطریق الحقیقه،و هو فی محله، و إن کان الأقرب وجوب النفقه علی الجمیع.انتهی،و بنحو ذلک صرح جده فی المسالک أیضا.

أقول:و قد تقدم تحقیق القول فی هذه المسأله-أعنی إطلاق الأب علی من علا و الابن علی من سفل-فی مواضع،و لا سیما فی کتاب الخمس.و أوضحنا بالأدله القاطعه و البراهین الساطعه أن الإطلاق المذکور حقیقه فی الموضعین بما لا یعتریه للناظر المنصف شک فی البین،و لا یخفی أن جزم هؤلاء السابقین ثمه من[عدم] صدق الإطلاق حقیقه[و]بوجوب الإنفاق (1)فی هذه المسأله علی من علا من الآباء و سفل من الأبناء لا یخلو من مدافعه و مناقضه لأن الوجوب مترتب علی الصدق حقیقه و هم لا یقولون به،و الفرق بین هذا الموضع و تلک المواضع المتقدمه غیر ظاهر، بل صریح کلامهم هنا هو صحه ما ذکرنا (2)و لکن لا أعرف لهم وجه عذر فی

ص:132

1- 1) کأن فی العباره سقط و نحن صححناها.

2- 2) من ترتب الحکم بالعموم علی الدخول تحت الإطلاق المذکور حقیقه.(منه-قدس سره-).

الخروج عما حكموا به ثمه إلا ما ربما يدعى من الإجماع هنا على العموم، و ظاهره فى المسالك أن تردد المصنف إنما هو لذلك حيث قال:إنا لا نعلم مخالفا من أصحابنا فى دخولهم هنا،و إنما تردد المصنف لضعف الدليل،و من أصوله-رحمه الله عليه-أنه لا يعتد بحجيه الإجماع بهذا المعنى كما نبه عليه فى مقدمه المعتبر،و هو الحق الذى لا يحيد عنه المنصف،انتهى.

أقول:قد أجاد بما أفاد و لكنه قد خالف نفسه فى ذلک فى غير موضع كما لا يخفى على من مارس كلامه و تتبع كتابه،و كيف كان فالحكم على ما اخترناه بحمد الله سبحانه واضح لا شک فيه،و لا ريب يعتريه،و أما ما عدا من ذكرنا من الأقارب فقد صرح الأصحاب بأنه لا تجب النفقه عليهم بل يستحب،و لا سيما إذا كان وارثا و نقل العلامه فى القواعد قولا بوجوب النفقه على الوارث،و أسند شراحه هذا القول إلى الشيخ،مع أنه على ما نقل عنه فى المبسوط قطع باختصاصها بالعمودين،و أسند وجوبها للوارث إلى الروايه و حملها على الاستحباب و أنكر جمله ممن تأخر عنه الوقوف على هذه الروايه.

أقول:يمكن أن تكون الروايه المذكوره هى ما رواه

الشيخ فى التهذيب (1)عن غياث عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«اتى أمير المؤمنين عليه السلام بيتيم فقال:خذوا بنفقته أقرب الناس إليه من العشيره كما يأكل ميراثه».

و يؤكدها ما تقدم فى آخر صحيحه محمد الحلبى (2)بروايه صاحب الفقيه،و الشيخ فى الاستبصار حملها على الاستحباب،أو على ما إذا لم يكن وارث غيره إن مات كل واحد منهما ورث صاحبه و لم يكن هناک من هو أولى منه،و بهذا التقريب

١- ١) الكافى ج ۴ ص ١٣ ح ٢،التهذيب ج ۶ ص ٢٩٣ ح ٢١،الوسائل ج ١۵ ص ٢٣٧ ح ۴.
٢- ٢) الفقيه ج ٣ ص ۵٩ ح ١،الاستبصار ج ٣ ص ۴۴ ح ۴،الوسائل ج ١۵ ص ٢۴٧ ح ۶.

الذی ذکره-رحمه الله علیه-یتم الاستدلال،و إلا فی التوقف علی سواها فی هذا المجال،و إلی القول بما تضمنته صحیحه الحلبی من وجوب الإنفاق علی الوارث الصغیر یمیل کلام السید السند فی شرح النافع حیث إنه بعد أنه أنکر الوقوف علی الروایه التی ادعاها فی المبسوط قال:نعم مقتضی صحیحه الحلبی وجوب النفقه علی الوارث الصغیر،و العمل بها متجه لصحتها و وضوح دلالتها،انتهی.

و مما یدل علی استحباب النفقه علی من عدا من ذکر ما

رواه الصدوق فی الخصال (۱)بسنده عن زکریا المؤمن رفعه إلی أبی عبد الله علیه السلام«قال:

من عال ابنتین أو أختین أو عمتین أو خالتین حجبتاه من النار بإذن الله».

و فی تفسیر الإمام العسکری علیه السلام (۲)

فی قوله تعالی «وَ مِمّا رَزَقْناهُمْ یُنْفِقُونَ» (۳)قال:من الزکاه و الصدقات و الحقوق اللازمات-إلی أن قال:-و ذوی الأرحام القریبات و الآباء و الأمهات،و کالنفقات المستحبه علی من لم یکن فرضا علیهم النفقه و سائر القربات-الحدیث.

[الموضع] الثالث [فی أن نفقه الولد إنما تجب علی أبیه دون أمه]

المفهوم من کلام الأصحاب هو أن نفقه الولد إنما تجب علی أبیه دون أمه لقوله تعالی «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَکُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» (۴)فأوجب أجره الرضاع علی الأب فکذا غیرها من النفقات.

أقول:و یؤیده أیضا عدم وجوب الإرضاع علیها،بل لها الامتناع و أنها کغیرها من الأجانب المستأجرات،و لو کانت النفقه علیها واجبه کالأب لما صح ذلک.

و بالجمله فالتمسک بأصاله براءه ذمتها من ذلک أقوی مستمسک حتی یقوم الدلیل علی الخروج عنه،و قد صرحوا أیضا بأن النفقه الواجبه علی الأب لو مات

۱- ۱) الخصال ج ۱ ص ۳۷ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۸ ح ۱.

۲- ۲) تفسیر الإمام العسکری ص ۳۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۸ ح ۲.

۳- ۳) سوره البقره-آیه ۳.

۴- ۴) سوره الطلاق-آیه ۶.

الأب أو كان فقيرا فإنها تنتقل إلى آبائه الأقرب فالأقرب،و استندوا فى ذلك إلى أن أب الأب أب فيدخل تحت ما دل على وجوب النفقه على الأب.

و أورد عليه فى شرح النافع بأن هذا الاستدلال لو تم لاقتضى مساواه الجد و إن علا للأب،لا تقدم الأب كما هو المدعى-ثم قال:-إلا أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على الحكم المذكور و لعله الحجه.

أقول:و فيه تأييد ظاهر لما اخترناه فى المسأله من صدق الأب حقيقه على الجد و إن علا،و نحوه الابن و إن سفل،و الركون إلى حجيه الإجماع هنا قد تقدم قريبا ما فيه.

ثم إنهم قالوا:إنه مع عدم الآباء و الأجداد أو فقرهم تجب النفقه على الام،و مع عدمها أو فقرها فعلى آباء الام و أمهاتها و إن علوا مقدما فى الوجوب الأقرب فالأقرب.كذا نص عليه الشيخ فى المبسوط،و كثير من المتأخرين لم يتعرضوا لحكم الآباء و الأمهات من قبل الأم.

أقول:لم أقف فى النصوص على ما يتضمن هذا الحكم،أعنى حكم الام و آبائها و أمهاتها،و الظاهر أن ذلك من تخريجات الشيخ-رحمه الله عليه.

و مما يتفرع على القرب و التساوى كما ذكروه أمور:(الأول)أنه لو كان الأب و الام معسرين و لا يجد الولد سوى نفقه أحدهما فالظاهر أنهما يكونان فيه بالتساوى لتساوى رتبتهما و عدم الترجيح،و كذا لو كان له أب معسر و ابن كذلك ذكرا كان أو أنثى،أما لو كان له أب معسر و جد كذلك و عجز عن نفقتهما جميعا فإنه يقدم نفقه الأب لأنه الأقرب،و كذا لو كان له جد و جد أب أو ابن و ابن ابن.

(الثانى)لو كان له ولدان و لم يقدر إلا على نفقه أحدهما و له أب موسر، وجب على الأب نفقه الآخر،فإن اختلفا فى قدر النفقه و كان مال الأب يسع أحدهما بعينه كالأقل نفقه اختص به و وجبت نفقه الآخر على جده،و إن تساويا

فی النفقه و اتفقا علی الشرکه أو علی أن یختص کل واحد منهما بواحد فذاک، و إلا رجعا إلی القرعه.

(الثالث)لو کان للمعسر أب و ابن موسران کانت النفقه علیهما بالسویه لتساویهما فی المرتبه،أما لو کان له أب وجد فالنفقه علی أبیه دون جده،و کذا القول فیما لو کان له أب و ابن ابن فإن النفقه علی الأب لأنه الأقرب.

(الرابع)لو کان فقیرا و له أم و ابن موسران قیل-فی تساویهما فی وجوب الإنفاق أو تقدم الولد علی الام-وجهان:منشأهما اتحاد المرتبه،و کون الولد مقدما علی الجد المقدم علیها،فیکون أولی بالتقدم أقول:یمکن أن یقال بترجیح تقدیم الولد فی وجوب الإنفاق،لأنه المستفاد من النصوص المتقدمه،و أما الأم فلم یقم دلیل علی وجوب الإنفاق علیها علی الولد کما عرفت،غایه الأمر أنهم ذکروا أنه مع فقد من یجب علیه من الأب و إن علا و الابن و إن سفل فإنه یجب علی الام ثم آبائها و أمهاتها الأقرب فالأقرب، و الولد هنا موجود.

الموضع الرابع:أنه یشترط فی المنفق علیه الفقر و العجز عن الاکتساب

، فلو لم یکن کذلک لم یجب الإنفاق علیه،و ربما قیل باشتراط الفقر خاصه و أنه لا یشترط عدم القدره علی الاکتساب لحصول الحاجه بالفعل،و هو مردود بأن النفقه معونه علی سد الخله،و المکتسب قادر فهو کالغنی،و من ثم منع من الزکاه و من الکفارات المشروطه بالفقر.

نعم یعتبر فی الکسب کونها لائقا بحاله عاده،فلا یکلف من کان شریف القدر و العالم الکنس و الدباغه و نحوهما،و لو أمکن المرأه الکسب بالتزویج بمن یلیق بها تزویجه عاده فهی قادره بالقوه،و هل یشترط عدم تمکن القریب من أخذ نفقته من الزکاه و نحوها من الحقوق؟احتمالان،قال فی شرح النافع:أظهرهما العدم،تمسکا بالإطلاق.

ص:١٣٦

[الموضع] الخامس:أنه يجب الإنفاق على القريب المبغض

و إن كان فاسقا أو كافرا لعموم الآيه و سائر الأدله مما تقدم و غيره كقوله عز و جل «وَ صٰاحِبْهُمٰا فِي الدُّنْيٰا مَعْرُوفاً» (۱)و موردها الكافران،و الفاسقان بطريق أولى،و من المصاحبه بالمعروف الإنفاق عليهما.

قالوا:و لا يقدح كونهما غير وارثين لعدم الملازمه بينهما،و بذلک صرح الأصحاب و أكثر العلماء من غيرهم،قال الشيخ في المبسوط:كل سبب يجب به الإنفاق من زوجيه و نسب و ملک يمين فإنا نوجبها مع اختلاف الدين،كما توجبها مع اتفاقه لأن وجوبها بالقرابه،و تفارق الميراث لأنه يستحق بالقرابه في الموالاه،و اختلاف الدين يقطع الموالاه.

و أغرب المحقق الشيخ فخر الدين في شرحه على ما نقل عنه في المسالک حيث جعل المانع من الإرث كالرق و الكفر و القتل مانعا من وجوب الإنفاق،قال:

و ربما نقل عنه أن ذلک إجماعي،و الأمر بخلافه،لتصريح الأصحاب بنحو ما قلناه، و لم نقف على مخالف لهم فيه.انتهى،و أشار بقوله«بنحو ما قلناه»إلى ما قدمه أولا من نحو ما ذكرناه في صدر الكلام.

[الموضع] السادس [هل يجب إعفاف من تجب نفقته؟]

المشهور أنه لا يجب إعفاف من تجب نفقته،و المراد بالإعفاف أن يصيره ذا عفه إما بتزويجه أو يعطيه مهرا يتزوج به أو يملكه جاريه أو يعطيه ثمن جاريه صالحه له،و نقل عن بعض الأصحاب القول بالوجوب للأب و إن علا،لأن ذلک من أهم المصاحبه بالمعروف المأمور بها في الآيه،و لأنه من وجوه حاجاته المهمه،فيجب على الابن القيام به كالنفقه و الكسوه،و المشهور الاستحباب و هو الأظهر.

و تؤيده الأخبار الداله على أنه لا يجوز له التصرف في جاريه ابنه إلا أن

۱- ۱) سوره لقمان-آيه ۱۵.

یقومها علی نفسه،و لو کان ذلک واجبا علی الابن لجاز له التصرف فیها مطلقا کما فی غیرها من النفقه الواجبه،فإنه مع إخلال الابن بها یجوز له أخذها، و یقبل قوله فی الحاجه إلی النکاح و الرغبه فیه علی ما صرح به الأصحاب.

قالوا:و نفقه الزوجه تابعه للاعفاف،فإن وجب وجبت،و إلا استحبت، و کذا القول فی نفقه زوجه الأب التی تزوجها بغیر واسطه الابن،و أوجب الشیخ فی المبسوط نفقه زوجته و إن لم یجب إعفافه،قال:لأنها من جمله مؤنته و ضروراته، کنفقه خادمه حیث یحتاج إلیه.

قال فی المختلف:لا یجب علی الولد الغنی الإنفاق علی زوجه والده المعسر، و لا علی الوالد وجوب الإنفاق علی زوجه ولده المعسر لأصاله البراءه،و أوجب الشیخ فی المبسوط النفقه فیها (1)لأنها من مؤنه والده.

أقول:لا أعرف له دلیلا غیر ما ذکر من هذا الدلیل الاعتباری الذی لا یخفی ضعفه مع ما عرفت من عدم الدلیل فی أصل المسأله (2).

[الموضع] السابع [حکم ما لو دافع من وجبت علیه النفقه]

قالوا:لو دافع من وجبت علیه النفقه أجبره الحاکم،فإن امتنع حبسه،و قیل:یتخیر بین حبسه و تأدیبه لینفق بنفسه،و بین أن یدفع من ماله قدر النفقه إن کان له مال ظاهر،و إن توقف علی بیع شیء من عقاره و ماله جاز، لأن حق النفقه واجب فکان کالدین،و لو کان من تجب علیه النفقه غائبا تولی الحاکم الإنفاق من ماله کالحاضر الممتنع.قیل:و للحاکم أن یأذن له فی الاستدانه و الإنفاق ثم الرجوع علیه بعد حضوره.

قال فی المسالک:و لو لم یقدر علی الوصول إلی الحاکم ففی جواز استقلاله بالاستقراض علیه أو البیع من ماله مع امتناعه أو غیبته وجهان،أجودهما الجواز،

1- 1) هکذا فی الأصل و الصحیح«النفقه علیها».

2- 2) و هو وجوب الإعفاف.(منه-قدس سره-).

لأن ذلك من ضروب المقاصه حيث يقع أخذ القريب فى الوقت و الزوجه مطلقا،انتهى.

المطلب الثالث،فی نفقه المملوک:

اشاره

و هو إما أن يكون من الأناسى أو غيره من سائر الحيوانات،فالكلام هنا فى موضعين:

[الموضع] الأول-فی المملوک الأناسی

اشاره

و فيه مسألتان:

[المسأله] الاولی [عدم الخلاف فی وجوب النفقه علیه إذا لم یکن له مال] :

لا خلاف نصا و فتوى فى وجوب النفقه عليه إذا لم يكن له مال.

روى ثقه الإسلام (۱)فى الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«خمسه لا يعطون من الزكاه شيئا الأب و الام و الولد و المرأه و المملوك،و ذلك أنهم عياله لازمون له».

و عن جميل بن دراج (۲)فى الصحيح أو الحسن قال:

«لا يجبر الرجل إلا على نفقه الأبوين و الولد»الحديث.

و روى الصدوق فى العلل (۳)فى الصحيح عن عبد الله بن الصلت عن عده من أصحابنا يرفعونه إلى أبى عبد الله عليه السلام

«أنه قال:خمسه لا يعطون من الزكاه الولد و الوالدان و المرأه و المملوك،لأنه يجبر على النفقه عليهم». إلى غير ذلك من الأخبار.

و قد نقل غير واحد من أصحابنا أنه لا خلاف بين علماء الإسلام فى الحكم المذكور و لا فرق فى المملوك بين الصغير و الكبير،و الصحيح و الأعمى،و المدبر و المرهون و المستأجر و غيرها،و كذا لا فرق بين الكسوب و غيره،لكن متى كان كسوبا يخير المولى بين الإنفاق عليه من ماله و أخذ كسبه و بين الإنفاق عليه من كسبه،

۱- ۱) الکافی ج ۳ ص ۵۵۲ ح ۵،التهذیب ج ۴ ص ۵۶ ح ۷،الوسائل ج ۶ ص ۱۶۵ ب ۱۳ ح ۱.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۵۱۲ ح ۸،التهذیب ج ۶ ص ۲۹۴ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۲۴ ح ۴.
۳- ۳) علل الشرائع ص ۳۷۱ ب ۹۴ ح ۱ ط النجف الأشرف،الوسائل ج ۶ ص ۱۶۶ ب ۱۳ ح ۴.

و المرجع إلی واحد لأن الکسب أحد أموال السید،و لهذا لو قصر کسبه وجب الإتمام علی السید،و لو تعدد المالک وزعت النفقه علی الجمیع بحسب الملک، و یرجع فی قدر النفقه إلی عاده ممالیک أمثال المولی من أهل بلاده لأنها غیر متعدده شرعا علی المشهور،فیجب الرجوع فیها إلی العاده کما قلنا،فیعتبر قدر ما یکفیه من طعام و کسوه،و یرجع فی الکیفیه إلی ما تقدم من عاده أمثال ممالیک الموالی من أهل بلاده،و لو کان السید ممن یتنعم فی الطعام و الإدام و الکسوه استحب له التوسعه علی مملوکه کذلک.

و روی عنه (۱)صلی الله علیه و آله و سلم قال:

«إخوانکم حولکم جعلهم الله تحت أیدیکم،فمن کان أخوه تحت یده فلیطعمه مما یأکل،و یلبسه مما یلبس».

قال فی المسالک بعد نقله:أنه محمول علی الاستحباب،أو علی أن الخطاب للعرب الذین مطاعمهم و ملابسهم متقاربه،أو علی أنه جواب سائل علم حاله،فأجاب علی ما اقتضاه الحال کما وقع فی کثیر من أجوبته صلی الله علیه و آله و سلم.

أقول:الظاهر أن الخبر المذکور عامی لعدم وجوده فی کتب أخبارنا کما لا یخفی علی من راجعها،فلا ضروره إلی ارتکاب هذه التکلفات فی تأویله،و لو امتنع السید عن الإنفاق علیه خیره الحاکم بین بیعه و بین الإنفاق علیه و جبره علی أحدهما إن لم یکن له مال.

المسأله الثانیه [فی جواز مخارجه المملوک علی شیء] :

قالوا:یجوز مخارجه المملوک علی شیء فما فضل یکون له،فإن کفاه لنفقته و إلا أتمه المولی،و المراد بالخارجه ضرب خراج معلوم علی المملوک یؤدیه کل یوم أو کل سنه أو مده مما یکسبه،و ما فضل عن ذلک الذی ضربه علیه فإنه یکون للعبد،و هل للسید إجبار العبد علی ذلک؟قولان، اختار فی المسالک الثانی،و مثله سبطه السید السند فی شرح النافع،و علله بأنه یملک استخدامه المعتاد لا تحصیل ذلک القدر المطلوب منه بالکسب.

۱- ۱) صحیح البخاری ج ۱ ص ۱۱ ب ۲۲ من الایمان.

و اختار العلامه فی التحریر جواز إجباره علی ذلک إذا لم یتجاوز بـذلک المجهود لأنه یملک منافعه،فله نقلها إلی غیره بالعوض علی کره منه و المخارجه مثله.قالوا:و إذا و فی و زاد ما یکتسبه فالزیاده مبره من السید إلی عبده و توسیع علیه.

أقول:هـذا مبنی علی ما هو المشـهور بینهم من عـدم جواز ملک العبـد، و فیه ما سـتعرفه-إن شاء الله-فی المقام،و قـد تقدم أیضـا تحقیق ذلک فی کتاب البیع.و الذی وقفت علیه هنا من الأخبار الداله علی مشروعیه المخارجه ما

رواه الصدوق فی الفقیه (۱)عن الحسن بن محبوب عن عمر بن یزید فی الصحیح قال:

« سألت أبا عبـد الله علیه السـلام عن رجل أراد أن یعتق مملوکا له و قـد کان مولاه یأخذ منه ضـریبه فرضـها علیه فی کل سـنه و رضـی بـذلک المولی،فأصـاب المملوک فی تجـارته مالا سوی ما کان یعطی مولاه من الضـریبه،قال:فقال:إذا أدی إلی سـیده ما کان فرض علیه،فما اکتسب بعد الفریضه فهو للمملوک.ثم قال أبو عبد الله علیه السلام:

أ لیس قـد فرض الله تعـالی علی العبـاد فرائض،فإذا أدوها لم یسألهم عما سواها، قلت:فللمملوک أن یتصـدق مما اکتسب و یعتق بعـد الفریضه التی کـان یؤدیهـا إلی سـیده؟قـال:نعم و أجر ذلـک له،قلت:فإن أعتق مملوکا مما کان اکتسب سوی الفریضه لمن یکن ولاء المعتق؟فقال:یـذهب فیتولی من أحب إذا ضـمن جریرته،و عقله کان مولاه و ورثه،قلت:أ لیس قال رسول الله صـلی الله علیه و آله و سـلم:الولاء لمن أعتق؟فقال:هـذا سائبه لا یکون ولاؤه لعبـد مثله،قلت.فإن ضـمن العبـد الـذی أعتقه جریرته و حدثه یلزمه ذلک و یکون مولاه و یرثه؟فقال:لا یجوز ذلک، لا یرث عبد حرا».

و فی هذا الخبر فوائد عدیده قد ذکرنا و سنذکر-إن شاء الله-کلا منها

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۹۰ ح ۱،الفقیه ج ۳ ص ۷۴ ح ۶،التهذیب ج ۸ ص ۲۲۴ ح ۴۰ و فیها اختلاف یسیر مع ما نقله-قدس سره.

فی موضعه،و من أظهرها دلاله علی ملک العبد لفاضل الضریبه،کما اخترناه مما قدمنا تحقیقه فی کتاب البیع (۱)و هو أحد القولین فی المسأله.

و لو قلنا بأنه لا یملک کما هو القول الآخر کان الأمر کما قدمنا نقله عنهم من أن فاضل الضریبه مبره من السید إلی عبده إلا أن النص المذکور علی خلافه.

الموضع الثانی:فی نفقه البهائم المملوکه

اشاره

،مأکوله کانت أو غیر مأکوله و لا خلاف فی وجوب نفقتها کما نقله غیر واحد من الأصحاب،و علی ذلک تدل الأخبار.

و منها ما رواه

فی الکافی (۲)عن السکونی عن أبی عبد الله علیه السلام»قال:

للدابه علی صاحبها سته حقوق،لا یحملها فوق طاقتها،و لا یتخذ ظهرها مجلسا یتحدث علیها،و یبدأ بعلفها إذا نزل،و لا یسمها،و لا یضربها فی وجهها فإنها تسبح، و یعرض علیها الماء إذا مر به«.

و روی فی الفقیه (۳)عن السکونی بإسناده قال:

«قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم:للدابه علی صاحبها خصال،یبدأ بعلفها إذا نزل،و یعرض علیها الماء إذا مر به،و لا یضرب وجهها فإنها تسبح بحمد ربها،و لا یقف علی ظهرها إلا فی سبیل الله،و لا یحملها فوق طاقتها،و لا یکلفها من المشی إلا ما تطیق». إلی غیر ذلک من الأخبار.

و یقوم مقام علفها و سقیها تخلیتها فی المرعی لترعی فیه،و یجزی بعلفه کما هو المتعارف فی جمیع البلدان،و لو لم یجزها فعلی المالک الإتمام،و لو امتنع المالک أجبره الحاکم علی بیعها أو علفها أو ذبحها لو کانت مأکوله اللحم،أو للانتفاع بإهابها،و إذا لم ینتفع بها بالذبح اجبر علی أحد الأمرین.

فوائد

الأولی:

قالوا:لا یجوز تکلیف الدابه ما لا تطیقه من تثقیل الحمل و إدامه

۱- ۱) ج ۱۹ ص ۳۹۵.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۵۳۷ ح ۱،الوسائل ج ۸ ص ۳۵۱ ب ۹ ح ۶.

۳- ۳) الفقیه ج ۲ ص ۱۸۷ ح ۱،الوسائل ج ۸ ص ۳۵۰ ب ۹ ح ۱.

السير.أقول:و قد عرفت ما يدل عليه من الخبرين المتقدمين.

الثانيه:

قالوا:يجوز غصب العلف لإبقائها إذا لم يوجد غيره و لم يبذله المالك بالعوض،كما يجوز غصبه كذلك لحفظ نفس الإنسان،و إن كان يلزمه المثل أو القيمه.

الثالثه:

قالوا:لا يجوز الحلب إذا كان يضر بالبهيمه لقله العلف و إن لم يضر ولدها،و تركه إذا لم يكن فى الحلب إضرار بها لما فيه من تضييع المال و الإضرار بالبهيمه.قيل:و يحتمل الوجوب،و يستحب أن لا يستقصى فى الحلب.

الرابعه:

قالوا:ينبغى أن يبقى للنحل شيء من العسل فى الكواره،و لو احتاجت إليه كوقت الشتاء وجب إبقاء ما يكفيها عاده،و يستحب أن يبقى أكثر من الكفاءه إلا أن يضر بها.

الخامسه:

قد صرحوا بأنه حيث إن ديدان القز إنما تعيش بالتوت، فعلى مالكها القيام بكفايتها منه و حفظها من التلف،فإن عن الورق و لم يعتن بها باع الحاكم من ماله و اشترى لها منه ما يكفيها.قال فى شرح النافع بعد نقل ذلك عن جده فى المسالك:و هو كذلك،و إذا جاء وقتها بتخفيف جوزها فى الشمس و إن هلكت تحصيلا للغرض المطلوب منها.قال فى شرح النافع:و عليه عمل الناس كافه عصرا بعد عصر من غير نكير فكان إجماعا،و يدل عليه قوله تعالى «هُوَ الَّذِی خَلَقَ لَکُمْ مٰا فِی الْأَرْضِ جَمِیعاً» (۱)أی لأجل انتفاعكم به فى دنياكم و دينكم.

السادسه:

ما كان من المال ما لا روح له كالعقار،فالمفهوم من كلام الأصحاب أنه لا يجب عمارته و لا زراعه الأرض،لكنه يكره تركه إذا أدى إلى الخراب.

قال فى المسالك:و فى وجوب سقى الزرع و الشجره و حرثه مع الإمكان قولان، أشهرهما العدم.

۱- ۱) سوره البقره-آیه ۲۹.

و لنقطع الكلام حامدين للملك العلام على جزيل نعمائه الجسام،و جميل أياديه العظام،التى من أهمها الفوز بسعاده الاختتام،مصلين على نبيه محمد و آله مصابيح الظلام،و أركان الإسلام،و كعبه الاعتصام،و بدور التمام،سائلين منه عز و جل الأمداد بالتوفيق،الذى هو خير صاحب و رفيق،إلى الفوز بإتمام الكتب الباقيه،و أن ينيم عنى عيون العوائق،و يجعلنى فى درعه الحصينه الواقيه،و أن يعصمنى من زلل الأقدام،و زيغ الأفهام،و طغيان الأقلام،فى نعمه منه سبحانه و عافيته،إنه أكرم مقصود و مسؤول،و أجود مرجو و مأمول،و قد اتفق الفراغ من هذا المجلد و هو المجلد التاسع (1)من كتاب«الحدائق الناضره فى أحكام العتره الطاهره»و يتلوه المجلد العاشر (2)فى كتاب الطلاق و ما يتبعه من الكتب فى اليوم الثانى من شهر جمادى الثانيه أحد شهور السنه الخامسه و الثمانين بعد المائه و الألف من الهجره النبويه فى الأرض المقدسه كربلاء المعلى بيد العبد يوسف بن أحمد ابن إبراهيم البحرانى جزاه الله تعالى بإحسانه و جوده و امتنانه،آمين آمين آمين.

ص:١۴۴

١- ١) حسب تجزئه المؤلف-قدس الله روحه الزكيه.

٢- ٢) حسب تجزئه المؤلف-قدس الله روحه الزكيه.

بسم الله الرحمن الرحيم الحمـد لله رب العـالمين،و صـلى الله على محمـد و عترته الطاهرين،و سـلام على المرسـلين و على عباده الصالحين.

كتاب الطلاق

اشاره

و لهم فيه تعريفـات قـد أردفت بإيرادات ليس فى التعرض لـذكرها مزيـد فائـده بعـد ظهور المعنى لكل من خاض الفن و مارس الأخبار و كلام علمائنا الأبرار.

مقدمه [فى الأخبار الوارده فى المقام]

قد تكاثرت الأخبار و به صرح جمله من علمائنا الأبرار،بكراهه الطلاق مع التئام الأخلاق.

فروى فى الكافى (1)عن سعد بن طريف عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«مر رسول الله صـلى الله عليه و آله و سـلم برجـل فقـال:مـا فعلت امرأتك؟فقال:طلقتها يا رسول الله،قال:من غير سوء؟قال:من غير سوء.ثم إن الرجـل تزوج فمر به النبى صـلى الله عليه و آله و سلم فقـال:تزوجت؟ فقـال:نعم.ثم مر به فقال له بعـد ذلك:ما فعلت امرأتك؟قال:طلقتها قال:

من غير سوء؟قال:من غير سوء.ثم إن الرجل تزوج فمر به النبى صلى الله عليه و آله و سلم فقال:

1- 1) الكافى ج 6 ص 54 ح 1،الوسائل ج 15 ص 267 ب 1 ح 6 و فيهما اختلاف يسير.

تزوجت؟فقال:نعم،ثم قال له بعد ذلک:ما فعلت امرأتک؟قال:طلقتها،قال:من غیر سوء؟قال:من غیر سوء.فقال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم:إن الله عز و جل یبغض أو یلعن کل ذواق من الرجال،و کل ذواقه من النساء».

و ما رواه

فیه (۱)أیضا عن ابن أبی عمیر فی الصحیح أو الحسن عن غیر واحد عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«ما من شیء مما أحله الله عز و جل أبغض إلیه من الطلاق، و أن الله یبغض المطلاق الذواق».

و عن أبی خدیجه (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إن الله عز و جل یحب البیت الذی فیه العرس،و ما من شیء أبغض إلی الله عز و جل من الطلاق».

و عن طلحه بن زید (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سمعت أبی علیه السلام یقول:

إن الله عز و جل یبغض کل مطلاق ذواق».

و بإسناده (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«بلغ النبی صلی الله علیه و آله و سلم أن أبا أیوب یرید أن یطلق امرأته،فقال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم:إن طلاق أم أیوب لحوب». أقول:

یعنی بالحوب الإثم.

و عن صفوان بن مهران (۵)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم:تزوجوا و زوجوا-إلی أن قال:-و ما من شیء أحب إلی الله عز و جل من بیت یعمر بالنکاح،و ما من شیء أبغض إلی الله عز و جل من بیت یخرب فی الإسلام بالفرقه،یعنی الطلاق».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۵۴ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۶۷ ب ۱ ح ۵.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۵۴ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۶۷ ب ۱ ح ۲ و فیهما«و یبغض البیت الذی فیه الطلاق».
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۵۵ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۶۷ ب ۱ ح ۲.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۵۵ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۶۷ ب ۱ ح ۴.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۳۲۸ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۶۶ ب ۱ ح ۱.

و روی الفضل الطبرسی فی مکارم الأخلاق (1)قال:

«قال علیه السلام:تزوجوا و لا تطلقوا فإن الطلاق یهتز منه العرش.قال:و قال علیه السلام:تزوجوا و لا تطلقوا فإن الله لا یحب الذواقین و الذواقات».

أقول:و إنما حملنا هذه الاخبار مع إطلاقها علی التئام الأخلاق،لورود أخبار أخر فی مقابلتها داله علی الأمر بالطلاق مع عدم التئام الأخلاق.

و منها ما رواه

فی الکافی (2)عن عثمان بن عیسی عن رجل عن أبی جعفر علیه السلام

«أنه کانت عنده امرأه تعجبه،و کان لها محبا،فأصبح یوما و قد طلقها، و اغتم لذلک،فقال له بعض موالیه:جعلت فداک لم طلقتها؟فقال:إنی ذکرت علیا علیه السلام فتنقصته فکرهت أن ألصق جمره من جمر جهنم بجلدی».

و عن خطاب بن سلمه(مسلمه خ ل) (3)قال:

«کانت عندی امرأه تصف هذا الأمر،و کان أبوها کذلک،و کانت سیئه الخلق فکنت أکره طلاقها لمعرفتی بإیمانها و إیمان أبیها،فلقیت أبا الحسن موسی علیه السلام و أنا أرید أن أسأله عن طلاقها -إلی أن قال:-فابتدأنی فقال:یا خطاب کان أبی زوجنی ابنه عم لی و کانت سیئه الخلق،و کان أبی ربما أغلق علی و علیها الباب رجاء أن ألقاها،فأتسلق الحائط و أهرب منها،فلما مات أبی طلقتها،فقلت:الله أکبر أجابنی و الله عن حاجتی من غیر مسأله».

و عن خطاب بن مسلمه (4)قال:

«دخلت علیه-یعنی أبا الحسن موسی علیه السلام و أنا أرید أن أشکو إلیه ما ألقی من امرأتی من سوء خلقها،فابتدأنی فقال:

إن أبی کان زوجنی مره امرأه سیئه الخلق فشکوت ذلک إلیه فقال:ما یمنعک من فراقها،قد جعل الله ذلک إلیک،فقلت فیما بینی و بین نفسی:قد فرجت عنی».

۱- ۱) مکارم الأخلاق ص ۱۹۷ ط الاعلمی بیروت،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۶۸ ب ۱ ح ۷ و ۸.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۵۵ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۶۹ ب ۳ ح ۱.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۵۵ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۶۹ ب ۳ ح ۲.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۵۵ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۶۹ ب ۳ ح ۳.

بقی هنا إشكال و هو أنه قد تكاثرت الأخبار بأن الحسن عليه السلام كان رجلا مطلقا للنساء حتی عطب به أبوه علی عليه السلام علی ظهر المنبر.

و من الأخبار فی ذلک ما رواه

فی الكافی (۱)عن عبد الله بن سنان فی الموثق عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«إن عليا عليه السلام قال و هو علی المنبر:لا تزوجوا الحسن، فإنه رجل مطلاق،فقام إليه رجل من همدان فقال:بلی و الله أزوجه،و هو ابن رسول الله صلی الله عليه و آله و سلم و ابن أمير المؤمنين عليه السلام فإن شاء أمسک و إن شاء طلق».

و عن يحيی بن أبی العلاء (۲)عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«إن الحسن بن علی عليهما السلام طلق خمسين امرأه فقام علی عليه السلام بالكوفه فقال:يا معاشر أهل الكوفه لا تنكحوا الحسن عليه السلام فإنه رجل مطلاق،فقام إليه رجل فقال:بلی و الله أنكحته إنه ابن رسول الله صلی الله عليه و آله و سلم و ابن فاطمه عليها السلام فإن أعجبته أمسک،و إن كره طلق».

و روی البرقی فی كتاب المحاسن (۳)عن ابن محبوب عن عبد الله بن سنان عن أبی عبد الله قال:

«أتی رجل أمير المؤمنين عليه السلام فقال له:جئتک مستشيرا إن الحسن و الحسين و عبد الله بن جعفر خطبوا إلی فقال أمير المؤمنين عليه السلام:المستشار مؤتمن،أما الحسن فإنه مطلاق للنساء،و لكن زوجها الحسين فإنه خير لابنتک».

و ربما حمل بعضهم هذه الأخبار علی ما تقدم فی سابقها من سوء خلق فی أولئک النساء أو نحوه مما يوجب أولويه الطلاق،و لا يخفی بعده،لأنه لو كان كذلک لكان عذرا شرعيا،فكيف ينهی أمير المؤمنين عليه السلام عن تزويجه و الحال كذلک.

و بالجمله فالمقام محل أشكال،و لا يحضرنی الآن الجواب عنه،و حبس القلم عن ذلک أولی بالأدب.

۱- ۱) الكافی ج ۶ ص ۵۶ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۷۱ ب ۴ ح ۱.
۲- ۲) الكافی ج ۶ ص ۵۶ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۶۸ ب ۲ ح ۲ و فيهما«لننكحنه فإنه».
۳- ۳) المحاسن ص ۶۰۱ ح ۲۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۶۸ ب ۲ ح ۱.

و الکلام فی هذا الکتاب فی أرکان الطلاق و أقسامه و لواحقه،فهنا مقاصد ثلاثه:

[المقصد] الأول:فی الأرکان

اشاره

و هی أربعه

[الرکن] الأول:المطلق

اشاره

و یعتبر فیه شروطا أربعه

أحدها البلوغ

اشاره

و الکلام فیه یقع فی موضعین:

الأول [فی جواز طلاق الصبی و عدمه]

لا خلاف بین الأصحاب فی عدم صحه طلاق من لم یبلغ عشرا و إن کان ممیزا،کما لا خلاف فی صحه طلاق من کان بالغا،و إنما الخلاف فیمن بلغ عشرا و هو ممیز،فذهب الشیخ فی النهایه و ابن البراج و ابن حمزه و غیرهم إلی صحه طلاقه،و ذهب ابن إدریس إلی العدم و هو المشهور بین المتأخرین،و قال علی بن بابویه فی رسالته:و الغلام إذا طلق للسنه فطلاقه جائز،و ظاهره عدم التقیید بالعشر و لا بالتمییز.

و الذی وقفت علیه من الأخبار المتعلقه بهذه المسأله ما رواه

فی الکافی (1)فی الصحیح أو الحسن عن ابن أبی عمیر عن بعض رجاله عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«یجوز طلاق الصبی إذا بلغ عشر سنین».

و ما رواه

فی الکافی و الفقیه (2)عن سماعه فی الموثق قال:

«سألته عن طلاق الغلام و لم يحتلم و صدقته،قال:إذا هو طلق للسنه و وضع الصدقه فی موضعها و حقها فلا بأس و هو جائز».

و ما رواه

فی الکافی (۳)فی الموثق عن ابن بکیر عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

»

ص: ۱۴۹

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۲۴ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۴ ب ۳۲ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۲۴ ح ۱،الفقیه ج ۳ ص ۳۲۵ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۷۶ ح ۱۷۴، الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۵ ب ۳۲ ح ۷.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۲۴ ح ۴ و فیه«لا یجوز»،التهذیب ج ۸ ص ۷۶ ح ۱۷۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۵ ب ۳۲ ح ۵.

يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و وصيته و صدقته و إن لم يحتلم».

و ما رواه

الشيخ (۱)بطريقه عن على بن الحسن بن على بن فضال عن يعقوب بن يزيد عن ابن أبى عمير عن جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال:

«يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و صدقته و وصيته و إن لم يحتلم».

و ما رواه

فى الكافى (۲)عن النوفلى عن السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

« كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه أو الصبى أو مبرسم (۳)أو مجنون أو مكره».

و عن أبى الصباح الكنانى (۴)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«ليس طلاق الصبى بشیء».

و عن أبى بصير (۵)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«لا يجوز طلاق الصبى و لا السكران».

و قال الرضا عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى (۶)

«و الغلام إذا طلق للسنه فطلاقه جائز».

و روى الحميرى فى كتاب قرب الاسناد (۷)عن الحسن بن ظريف عن الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على عليهم السلام قال:

«لا يجوز طلاق الغلام حتى يحتلم».

۱- ۱) التهذيب ج ۹ ص ۱۸۲ ح ۸،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۲۱ ب ۱۵ ح ۲ و فيه«جميل ابن دراج عن أحدهما».
۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۱۲۶ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۴ ب ۳۲ ح ۳.
۳- ۳) البرسام:هو التهاب فى الحجاب الذى بين الكبد و القلب.
۴- ۴) الكافى ج ۶ ص ۱۲۴ ح ۲،التهذيب ج ۸ ص ۷۶ ح ۱۷۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۴ ب ۳۲ ح ۱.

۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۱۲۴ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۴ ب ۳۲ ح ۴.

۶- ۶) فقه الرضا ص ۲۴۳،مستدرک الوسائل ج ۳ ص ۸ ب ۲۴ ح ۳.

۷- ۷) قرب الاسناد ص ۵۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۵ ب ۳۲ ح ۸.

أقول:هـذه جمله ما حضـرنى من الأخبار فى المسأله،و شـيخنا الشـهيد الثانى فى المسالك نقل متن مرسـله ابن أبى عمير عن ابن بكير،و نقل ذلك عن ابن أبى عمير أيضا قال فى الكتاب المذكور-بعد قول المصـنف:و فى من بلغ عشرا عاقلا فطلق للسنه روايه بالجواز فيها ضعف-ما صورته:الروايه التى أشار إليها رواها

ابن فضال عن ابن بكير عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«يجوز طلاق الصبى إذا بلغ عشـر سـنين». و ضـعفها بالرجلين المذكورين فإنهما فطحيان،و مع ذلك عمل بمضـمونها الشـيخان و جماعه من المتقدمين،و قد روى فى معناها

ابن أبى عمير فى الحسن مرسلا عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«يجوز طلاق الصبى إذا بلغ عشر سنين».

و روى ابن بكير جواز طلاقه غير مقيد بالعشر أيضا عنه عليه السلام قال:

«يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و وصيته و صدقته و إن لم يحتلم». انتهى.

أقول:مـا ذكره من روايه ابن بكير الاولى و هم نشأ من الشـيخ فى التهـذيب تبعه عليه من لم يتأمل المقام مثل شـيخنا المـذكور،و مثله صاحب الوسائل،و قد نبه على ما ذكرناه السـيد السند-رحمه الله عليه-فى شرح النافع حيث قال بعد نقل مرسله ابن أبى عمير كما نقلناه:و قد جعل الشـيخ فى التهذيب هذه الروايه روايه ابن بكير،و هو غير جيد،فإن روايه ابن بكير رواه الكلينى متقدمه على هذه الروايه بغير فصل،و كأن نظر الشـيخ سبق من سـند روايه ابن بكير إلى متن روايه ابن أبى عمير،و قد وقع نحو ذلك فى عده مواضع من التهذيب فينبغى التنبيه عليه.

انتهى،و هو جيد لما قدمناه فى مواضع عديده سيما فى كتب العبادات من ذكر ما وقع للشـيخ من أمثال ذلك فى متون الأخبار و أسانيدها،و قل ما يخلو خبر من نحو ذلك.

إذا عرفت ذلـك فاعلم أن غايه ما تعلق به السـيد السـند فى شـرح النافع -دليلا لما اختاره من القول المشـهور بين المتأخرين-هو تمسك بمقتضى الأصل فيما لم يقم دليل على خلافه،و روايه أبى الصباح الكنانى و روايه أبى بصير

المتقدمين،ثم أجاب عن مرسله ابن أبى عمير بضعف الإسناد بالإرسال،و لم ينقل غيرها من الأخبار الداله على مذهب الشيخ و من تبعه.

و أنت خبير بما فيه أما(أولا)فلأن الأصل يجب الخروج عنه بالدليل كما سنوضحه إن شاء الله تعالى.و أما(ثانيا)فإن الطعن فى مرسله ابن أبى عمير مع كونه خلاف قواعدهم و ما صرحوا به من عدهم مرسلاته فى حكم المسانيد، فهو وارد عليه فى استدلاله بروايتى الكنانى و أبى بصير.

و التحقيق أنه بالنظر إلى الأخبار فإن قوه قول الشيخ مما لا يداخله الإنكار بعد ضم الأخبار المذكوره بعضها إلى بعض بحمل مطلقها على مقيدها و مجملها على مفصلها،فيحمل الصبى فى روايه الكنانى و أبى بصير و نحوهما مما دل على عموم عدم جواز طلاقه على من لم يبلغ العشر أو من بلغ،و لكن لا يعقل ذلك،و ما دل على جواز طلاقه مطلقا كموثقات محمد بن مسلم و سماعه و ابن بكير و نحوها على من بلغ عشرا،و كان يعقل ذلك،و به يجتمع الأخبار على وجه واضح المنار،و يظهر قوه قول الشيخين و أتباعهما و هو ظاهر الصدوق فى الفقيه لاقتصاره على نقل موثقه سماعه الداله على هذا القول،و هو صريح عباره أبيه فى الرساله كما عرفت،و الظاهر أنه المشهور بين المتقدمين.

و قال السيد السند فى شرح النافع-بعد نقله عباره الشيخ على بن الحسين بن بابويه المذكوره-ما لفظه:و ربما كان مستنده فى هذا الإطلاق ما رواه ولده فى الفقيه عن زرعه عن سماعه-ثم نقل الروايه حسبما قدمناه،ثم قال:-و هذه الروايه ضعيفه بالإضمار،و اشتمال سندها على عده من الواقفيه،فلا يصلح التعلق بها فى إثبات هذا الحكم،انتهى.

أقول:فيه أن مستند الشيخ المذكور إنما هو كتاب الفقه الرضوى، فإن عبارته التى قدمنا نقلها عنه عين عباره الكتاب المتقدمه،حسبما عرفت فى غير موضع مما تقدم من إفتائه فى الرساله بعبارات هذا الكتاب كما أوضحناه

سابقا،بما لا يداخله الشك و لا الارتياب.و لكنهم لعدم اطلاعهم على الكتاب المذكور يتكلفون له تحصيل الأدله المناسبه،كما هى قاعدته فى المختلف.

و بالجمله فإن الظاهر عندى هو القول المذكور لاجتماع الأخبار عليه، و القول بما عليه المتأخرون موجب لطرح أخبار المسأله مع اعتبار أسانيدها قوتها،و الجمع بين الأخبار مهما أمكن روى من طرح بعضها،و إلى هذا القول يميل كلام صاحب الكفايه.

الثانى [فى أنه ليس للولى أن يطلق عن الصبى قبل بلوغه]

لا خلاف بين الأصحاب فى أنه ليس للولى أن يطلق عن الصبى قبل بلوغه،و يدل عليه الخبر المشهور (۱)من

قوله صلى الله عليه و آله و سلم

«الطلاق بيد من أخذ بالساق».

و ما رواه

فى الكافى (۲)عن الفضل بن عبد الملك قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير؟قال:لا بأس.قلت:يجوز طلاق الأب؟قال:لا». و وصف السيد السند فى شرح النافع هذه الروايه بالصحه،مع أن فى طريقها عبد الله بن محمد المشهور بنيان أخا أحمد بن محمد بن عيسى و هو مجهول فى الرجال.

و ما رواه

فى التهذيب (۳)فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام

«فى الصبى يتزوج الصبيه يتوارثان؟قال:إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم.قلت:

فهل يجوز طلاق الأب؟قال:لا».

و عن عبيد بن زراره (۴)فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام مثله.

نعم لو بلغ فاسد العقل جاز للولى أن يطلق عنه مع مراعاه الغبطه على المشهور بين المتقدمين و المتأخرين،بل ادعى عليه فخر المحققين الإجماع،و لم

۱- ۱) الجامع الصغير ج ۲ ص ۵۷ ط القاهره سنه ۱۳۷۳ ه.ق.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۴۰۰ ح ۱،التهذيب ج ۷ ص ۳۸۹ ح ۳۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹ ب ۲۸ ح ۲.

۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۳۸۸ ح ۳۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۲۲۰ ب ۱۲ ح ۱.

۴- ۴) التهذيب ج ۹ ص ۳۸۲ ح ۱ لكن عن عبيد بن زياد و يحتمل اشتباه قد وقع، الوسائل ج ۱۷ ص ۵۲۸ ب ۱۱ ح ۳.

ینقل الخلاف هنا إلا عن الشیخ فی الخلاف،فإنه ذهب إلی عدم الجواز محتجا بإجماع الفرقه،و تبعه ابن إدریس،و احتج کل من القائلین المـذکورین بجمله من الأدله العقلیه التی لیس فی التطویل بـذکرها مزید فائده،و الظاهر هو القول المشـهور للأخبار التی هی المعتمد فی الورود و الصدور.

و منها ما رواه

ثقه الإسلام و الشیخ (۱)فی الصحیح عن أبی خالد القماط قال:

« قلت لأبی عبـد الله علیه السـلام:الرجل الأحمق الذاهب العقل أ یجوز طلاق ولیه علیه؟قال:و لم لا یطلق هو؟قلت:لا یؤمن إن هو طلق أن یقول غدا لم أطلق،أو لا یحسن أن یطلق،قال:ما أری ولیه إلا بمنزله السلطان».

و ما رواه

فی الکافی و الفقیه (۲)عن أبی خالد قال:

«قلت لأبی عبـد الله علیه السـلام:رجل یعرف رأیه مره و ینکره اخری،یجوز طلاق ولیه علیه؟قال:ما له هو لا یطلق؟ قلت:لا یعرف حد الطلاق و لا یؤمن علیه إن طلق الیوم أن یقول غدا لم أطلق، قال:ما أراه إلا بمنزله الإمام یعنی الولی».

أقول:المراد من کون الولی بمنزله السلطان أو بمنزله الإمام یعنی فی تولی الطلاق عنه کما یفصح به الخبر الآتی،و الظاهر أن قوله صلی الله علیه و آله و سـلم«لم لاـ یطلـق؟» مبنی علی کـون الجنـون أدوارا کمـا هـو ظـاهر الخـبر الثـانی،و حینئـذ فیطلق فی وقت إفاقته،فأجاب السائل بأنه فی حال الإفاقه لیس کامل العقل،لما ذکره فی الخبرین.

و ما رواه

فی الکافی (۳)عن أبی خالد القماط عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی طلاق

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۲۵ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۷۵ ح ۱۷۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۹ ب ۳۵ ح ۱.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۲۵ ح ۲،الفقیه ج ۳ ص ۳۲۶ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۷ ب ۳۴ ح ۱.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۲۶ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۹ ب ۳۵ ح ۳.

المعتوه قال:يطلق عنه وليه فإنی أراه بمنزله الامام».

و عن شهاب بن عبد ربه (۱)قال:

«قال أبو عبد الله علیه السلام:المعتوه الذی لا یحسن أن یطلق،یطلق عنه ولیه عن السنه»الحدیث.

احتج ابن إدریس بأن الأصل بقاء العقد و صحته،

و قوله صلی الله علیه و آله و سلم (۲)

«الطلاق بید من أخذ بالساق».

و فیه أن الأصل یجب الخروج عنه بالدلیل و قد عرفت،و الخبر مع تسلیم صحه سنده مطلق یجب تقییده بما ذکرنا من الأخبار،علی أنه غیر مناف للمراد، و ذلک لأن طلاق الولی طلاقه،کما أنه یجوز طلاق الوکیل بالإجماع،إذ لم یوجب أحد من الأصحاب إیقاع الطلاق مباشره من الزوج.

قال فی المسالک-بعد أن استدل للقول المشهور بالروایتین الأولتین-:و فی الاحتجاج بهذه الأخبار نظر،لأن جعل الولی بمنزله الامام و السلطان لا یدل علی جواز طلاقه عنه،و لأن متن الحدیث لا یخلو من قصور،لأن السائل وصف الزوج بکونه ذاهب العقل،ثم یقول له الامام«ماله لا یطلق»مع الإجماع علی أن المجنون لیس له مباشره الطلاق،و لا أهلیه التصرف،ثم یعلل السائل عدم طلاقه بکونه ینکر الطلاق أو لا یعرف حدوده،ثم یجیبه بکون الولی بمنزله السلطان و کل هذا یضعف الاحتجاج بها،و أیضا فهذه الأخبار لیس فیها تقیید باشتراط طلاقه بالمصلحه و الغبطه للمجنون،و من ثم ذهب ابن إدریس إلی عدم الجواز، و قبله الشیخ فی الخلاف محتجا بإجماع الفرقه،و بأصاله بقاء العقد و صحته،و قوله صلی الله علیه و آله و سلم-ثم أورد الخبر النبوی المتقدم.

أقول:أما ما طعن به من عدم دلاله جعل الولی بمنزله السلطان-علی جواز طلاقه عنه-فقد عرفت إفصاح الروایه الثالثه به،و بها کشف نقاب الإبهام عن

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۲۵ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۹ ب ۳۵ ح ۲.

۲- ۲) الجامع الصغیر ج ۲ ص ۵۷.

الروایتین المذکورتین کما أشرنا إلیه آنفا،و آکد ذلک الروایه الرابعه، و لکن العذر له واضح حیث لم یطلع علیها و إلا لأوردهما.

و أما الطعن فی المتن بما ذکره فقد تقدم الجواب عنه.

و بالجمله فإنه إذا ضمت هذه الأخبار الأربعه بعضها إلی بعض فإنه لا إشکال فی قوه القول المشهور،و ما علیه القول الآخر من القصور.و شیخنا المذکور قد رجع فی آخر کلامه إلی القول المشهور،و إنما کلامه هنا نوع مناقشه أوردها فی البین،مع أنک قد عرفت أنه لا أثر لها و لا عین.

نعم ما ذکره-من أنه لیس فی هذه الأخبار تقیید باشتراط الطلاق بالمصلحه- متجه،إلا أنه یمکن الرجوع فی ذلک إلی الأدله العامه الداله علی أن تصرف الولی منوط بالمصلحه إن ثبت ذلک.

الثانی [العقل]

اشاره

من الشروط الأربعه المتقدمه العقل،فلا یصح طلاق المجنون و لا السکران و لا من زال عقله بإغماء أو شرب مرقد لعدم القصد.و المراد بالمجنون المطبق،لأن من کان جنونه أدوارا فله أن یطلق فی حال الإفاقه بغیر إشکال.

و المراد بالسکران من بلغ بتناول المسکر إلی حد یرتفع معه القصد،و قیل فی حده إنه الذی اختلط کلامه المنظوم و انکشف سره المکتوم.

و من الأخبار الداله علی ذلک ما رواه

المشایخ الثلاثه (۱)عن الحلبی قال:

« سألت أبا عبد الله علیه السلام عن طلاق المعتوه الذاهب العقل أ یجوز طلاقه؟قال:لا.و عن المرأه إذا کانت کذلک أ یجوز بیعها و صدقتها؟قال:لا».

و ما رواه

فی الکافی (۲)عن السکونی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«کل طلاق

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۲۵ ح ۴،الفقیه ج ۳ ص ۳۲۶ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۷۵ ح ۱۷۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۷ ب ۳۴ ح ۴.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۲۶ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۷ ب ۳۴ ح ۳.

جائز إلا طلاق المعتوه أو الصبی أو مبرسم أو مجنون أو مکره».

و ما رواه

فی التهذیب (۱)عن زکریا بن آدم قال:

«سألت الرضا علیه السلام عن طلاق السکران و الصبی و المعتوه علی عقله و من لم یتزوج،فقال:لا یجوز».

و ما رواه

فی الکافی (۲)عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن طلاق السکران،فقال:لا یجوز و لا کرامه».

و عن أبی الصباح الکنانی (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام

«قال لیس طلاق السکران بشیء».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۴)فی الصحیح بروایه التهذیب عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن طلاق السکران،قال:لا یجوز و لا عتقه»و زاد فی التهذیب «قال:و سألته عن طلاق المعتوه،فقال:و ما هو؟قلت:الأحمق الذاهب عقله،قال:

لا یجوز.قلت:و المرأه کذلک یجوز بیعها و شراؤها؟قال:لا».

و ما رواه

فی التهذیب (۵)عن إسحاق بن جریر عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن السکران یطلق أو یعتق أو یتزوج،أ یجوز له و هو علی حاله؟قال:لا یجوز له».

و أما ما رواه

فی التهذیب و الفقیه (۶)عن شعیب عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه سئل عن المعتوه أ یجوز طلاقه؟فقال:ما هو؟فقلت:الأحمق الذاهب العقل فقال:نعم». فحمله الصدوق-رحمه الله-فی الفقیه و الشیخ فی الکتابین علی ما

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۷۳ ح ۱۶۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۸ ب ۳۴ ح ۷.

۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۱۲۶ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۰ ب ۳۶ ح ۱.

۳- ۳) الكافى ج ۶ ص ۱۲۶ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۰ ب ۳۶ ح ۲.

۴- ۴) الكافى ج ۶ ص ۱۲۶ ح ۴،التهذيب ج ۸ ص ۷۳ ح ۱۶۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۰ ب ۳۶ ح ۴ و ص ۳۲۸ ب ۳۴ ح ۵.

۵- ۵) التهذيب ج ۸ ص ۷۳ ح ۱۶۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۸ ب ۳۴ ح ۶.

۶- ۶) الفقيه ج ۳ ص ۳۲۶ ح ۲،التهذيب ج ۸ ص ۷۵ ح ۱۷۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۸ ب ۳۴ ح ۸.

إذا طلق عنه وليه،و جوز فی الاستبصار حمله علی ناقص العقل دون فاقده.

أقول:ظاهر هذه الأخبار أن المعتوه هو المجنون الذاهب العقل،و ظاهر کلام جمله من أهل اللغه أنه الناقص العقل.

قال الفیومی فی کتاب المصباح المنیر (۱):عته عتها من باب تعب و عتاها بالفتح:نقص عقله من غیر جنون أو دهش،و فیه لغه ثانیه عته بالبناء للمفعول عتاهه بالفتح و عتاهیه بالتخفیف فهو معتوه بین العته.

و فی التهذیب (۲):المعتوه المدهوش من غیر حس أو جنون،انتهی.

و قال فی القاموس (۳):عته کعنی عتها و عتها و عتاها بضمها فهو معتوه نقص عقله أو فقد أو دهش،انتهی.

و الظاهر من سؤالهم علیهم السلام السائل فی بعض هذه الأخبار بعد ذکر المعتوه «ما هو»هو أنه یطلق علی کل من الأمرین-أعنی فاقد العقل و ناقصه-فإذا أجاب بأنه فاقد العقل منع علیه السلام من جواز وقوع تلک الأمور منه،و مفهومه أنه لو لم یکن کذلک جاز وقوعها،و قد تقدم حکم طلاق الولی.عن المجنون.

و أما السکران و نحوه من المغمی علیه و شارب المرقد فظاهر الأصحاب الاتفاق علی عدم جواز طلاق الولی عنه،لعدم الدلیل علی ذلک،و لظهور الفرق بأن لهؤلاء أمدا قریبا إلی الإفاقه و رجوع العقل لهم،فهم فی حکم النائم بخلاف المجنون المطبق بناء علی الغالب.

الثالث من الشروط المتقدمه الاختیار،فلا یصح طلاق المکره کما لا یصح شیء من تصرفاته،و هو إجماعی کما نقله السید السند فی شرح النافع،و یدل

۱- ۱) المصباح المنیر ص ۵۳۶.
۲- ۲) تهذیب اللغه للأزهری ج ۱ ص ۱۳۹ و فیه«من غیر مس جنون».
۳- ۳) القاموس المحیط ج ۴ ص ۲۸۷.

علیه مضافا إلی الإجماع المذکور جمله من الأخبار منها ما رواه

فی الکافی (۱)عن زراره فی الصحیح أو الحسن عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن طلاق المکره و عتقه،فقال:لیس طلاقه بطلاق،و لا عتقه بعتق»الحدیث.

و عن یحیی بن عبد الله بن الحسن (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سمعته یقول:

لا یجوز طلاق فی استکراه و لا یجوز یمین فی قطیعه رحم-إلی أن قال:-و إنما الطلاق ما أرید به الطلاق من غیر استکراه و لا إضرار».

و عن عبد الله بن سنان (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سمعته یقول:لو أن رجلا مسلما مر بقوم لیسوا بسلطان فقهروه حتی یتخوف علی نفسه أن یعتق أو یطلق ففعل لم یکن علیه شیء».

و ینبغی أن یعلم أن الإکراه الموجب لبطلان ما یترتب علیه من طلاق و غیره مشروط بأمور:

(منها)قدره المکره علی ما توعده به لغلبه أو سلطان أو تغلب.

(منها)عجز المکره عن دفع ذلک عن نفسه،و لو بفرار أو استعانه بالغیر.

(و منها)أن یعلم أو یظن غالبا أنه لو لم یفعل ما یریده و امتنع من ذلک أو وقع به المکروه.

(و منها)أن یکون ما توعده به مضرا بالمکره فی نفسه أو من یجری مجراها من والدیه و ولده و أقاربه من قتل أو جرح أو ضرب شدید أو حبس أو شتم أو أخذ مال مضر به،و یختلف ما عدا القتل و الجرح باختلاف طبقات الناس و مراتبهم، فربما کان قلیل الشتم یضر بالوجیه صاحب الوقار،و الضرب لا یضر ببعض آخر و لا یبالی به،و ربما ضر أخذ عشره دراهم ببعض لفقره،و لا یضر مائه دراهم أو

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۲۷ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۱ ب ۳۷ ح ۱.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۲۷ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۷۴ ح ۱۶۷ و فیه«لا یجوز طلاق فی استکراه و لا یجوز عتق فی استکراه»،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۱ ب ۳۷ ح ۴.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۲۶ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۱ ب ۳۷ ح ۲.

أكثر بآخر لكثره أمواله.

و من الأصحاب من جعل المال مطلقا من قبيل القتل و الجرح،فجعل القليل و الكثير منه محققا للإكراه،و به صرح شيخنا الشهيد الثانی فی الروضه (۱)و الأظهر ما ذكرناه،و هو الذی استظهره فی المسالک،و مثله سبطه السید السند فی شرح النافع،و مجمل الكلام فی المقام أنه يتحقق الإكراه بتوعده بما يكون مضرا به بحسب حاله فی نفسه أو من يجری مجراه مع قدره المتوعد علی ما توعد به و حصول الظن بأنه يفعله لو لم يفعل.

فروع

الأول [فيما لو خير الزوج بين الطلاق و دفع مال غير مستحق]

قالوا:لو خير الزوج بين الطلاق و دفع مال غير مستحق و ألزم أحد الأمرين فهو إكراه،بخلاف ما لو خير بينه و بين فعل يستحقه الآمر من دفع مال أو غيره.

أقول:يمكن الاستدلال علی الثانی بما رواه

فی الكافی (۲)عن محمد بن الحسن الأشعری قال:

«كتب بعض موالينا إلی أبی جعفر عليه السلام:إن معی امرأه عارفه أحدث زوجها فهرب عن البلاد فتبع الزوج بعض أهل المرأه،فقال:إما طلقت و إما رددتک فطلقها و مضی الرجل علی وجهه،فما تری للمرأه؟فكتب بخطه:تزوجی يرحمک الله».

و التقريب فيه أن ما خيره فيه من الوجه الثانی-و هو رده للقيام بواجب الزوجه-أمر واجب عليه،و الامام قد أمرها بالتزويج لصحه الطلاق.

۱- ۱) قال فی الروضه:و لا فرق بين كون المتوعد به قتلا و جرحا و أخذ مال-و ان قل-و شتما و ضربا و حبسا،و يستوی فی الثلاثه الأول جميع الناس،أما الثلاثه الأخيره فتختلف باختلاف الناس.إلخ.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) الكافی ج ۶ ص ۸۱ ح ۹،التهذيب ج ۸ ص ۶۱ ح ۱۱۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۷ ب ۲۶ ح ۴.

و بالجمله فالخبر صریح فی أن نحو ذلک لیس بإجبار،و لیس الوجه فیه إلا ما ذکرناه.

و أما الحکم الأول فالظاهر أنه لا إشکال فیه أیضا إلا أنه یجب تقیید المال بکونه مضرا به کما تقدم،و یمکن الاستدلال علیه بما رواه

فی الکافی (۱)عن منصور بن یونس فی الموثق قال:

«سألت العبد الصالح علیه السلام و هو بالعریض فقلت له:جعلت فداک إنی قد تزوجت امرأه و کانت تحبنی فتزوجت علیها ابنه خالی و قد کان لی من المرأه ولد فرجعت إلی بغداد فطلقتها واحده ثم راجعتها،ثم طلقتها الثانیه ثم راجعتها،ثم خرجت من عندها أرید سفری هذا حتی إذا کنت بالکوفه أردت النظر إلی ابنه خالی،فقالت أختی و خالتی:لا تنظر إلیها و الله أبدا حتی تطلق فلانه،فقلت:و یحکم و الله مالی إلی طلاقها من سبیل،فقال لی:هو من شأنک لیس لک إلی طلاقها من سبیل،فقلت:جعلت فداک إنه کانت لی منها ابنه و کانت ببغداد و کانت هذه بالکوفه و خرجت من عندها قبل ذلک بأربع، فأبوا علی إلا تطلیقها ثلاثا،و لا و الله جعلت فداک ما أردت الله و ما أردت إلا أن أداریهم عن نفسی و قد امتلأ قلبی من ذلک جعلت فداک.فمکث طویلا مطرقا،ثم رفع رأسه إلی و هو متبسم فقال:أما ما بینک و بین الله عز و جل فلیس بشیء، و لکن إذا قدموک إلی السلطان أبانها منک».

و التقریب فیه أن مرجع المسأله إلی التخییر بین الطلاق و بین ما هو غیر مستحق علیه شرعا،فإنه فی هذه الحال یکون إکراها،و ما دل علیه الخبر من هذا القبیل،فإن منعه من زوجته التی هی ابنه خاله أمر محرم کالمثال الذی ذکروه من دفع مال غیر مستحق بخلاف ما إذا کان مستحقا علیه شرعا، فإنه لیس بإکراه کالرد المتقدم.

الثانی:لو اکره علی الطلاق فطلق ناویا له

قیل:یقع صحیحا،و هو اختیار

ص: ۱۶۱

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۲۷ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۲ ب ۳۸ ح ۱ مع اختلاف یسیر.

العلامه فی التحریر،و به جزم شیخنا الشهید الثانی فی الروضه،و فی المسالک أنه الأصح،لحصول اللفظ و القصد،و لأن القصد لا إکراه علیه،فلو لا حصول الرضا بالعقد لما قصد إلیه.و قیل بالبطلان إذ المفروض أنه لو لا الإکراه لما فعله، و عقد المکره باطل بالنص و الإجماع.

قال فی شرح النافع-بعد نقل القولین-:و حجتیهما و المسأله محل إشکال، و هو کذلک،و یمکن تأیید القول الثانی بقوله علیه السلام

فی روایه یحیی بن عبد الله ابن الحسن المتقدمه

«و إنما الطلاق ما أرید به الطلاق من غیر استکراه و لا إضرار».

فإنه و إن صدق علی هذا الطلاق المفروض أنه أرید به الطلاق،بمعنی أنه حصل القصد إلیه،لکنه ناش عن الاستکراه و الإضرار،فالقصد إلیه مع کونه ناشئا عن الإکراه غیر مجد فی صحته،و کیف کان فالمسأله باقیه فی غشاوه الإشکال.

الثالث [لو أکرهه علی طلاق امرأته بعینها فطلق غیرها أو أزید]

قالوا:لو أکرهه علی طلاق امرأته بعینها فطلق غیرها صح، و کذا لو أکرهه علی أن یطلق طلقه واحده فطلق أزید،و الوجه فیه أنه یشعر باختیاره فیما أتی به (۱)إذ لم یتعلق الإکراه بذلک،و الظاهر أنه لا إشکال فیه.أما لو أکرهه علی طلاق إحدی الزوجتین فطلق معینه،فالذی اختاره السید السند فی شرح النافع و قبله جده فی الروضه أنه إکراه (۲)و علله فی شرح النافع بأنه لا یمکن التخلص من الضرر المتوعد به بدون ذلک.قیل بأنه یقع الطلاق لأنه مختار فی تعیینها،و لأنه لما عدل من الإبهام إلی التعیین فقد زاد علی ما أکرهه

۱- ۱) و توضیحه:انا نمنع وقوع الطلاق بالإکراه إذا لم یظهر ما یدل علی اختیاره، و أما إذا ظهر بأن خالف المکره و أتی بغیر ما حمله علیه فلا مانع لوقوع الطلاق،لان مخالفته له یشعر باختیاره فیما أتی به،و ذکروا لذلک أمثله منها ما ذکرناه فی الأصل.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) و علله فی الروضه قال:و الأقوی أنه إکراه،إذ لا یتحقق فعل یقتضی أمره بدون أحدهما،و هو یرجع الی ما ذکره سبطه کما نقلناه فی الأصل.(منه-رحمه الله-).

علیه لأن الإکراه علی طلاق إحداهما لا علی طلاق هذه،و طلاق هذه طلاق إحداهما مع زیاده.و قد تقرر فی الأصول أن الأمر بالکلی لیس أمرا بجزئی معین.

و رد بأن متعلق الإکراه و إن کان کلیا لکنه یتأدی فی ضمن طلاق کل واحده بعینها،و طلاق واحده غیر معینه.فکل واحد من الافراد داخل فی المکره علیه،و مدلول علیه بالتضمن.

نعم لو صرح له بالحمل علی طلاق واحده مبهمه بأن یقول:أحدا کما طالق مثلا فعدل عنه إلی طلاق معینه فلا شبه هنا فی وقوع الطلاق علی المعینه لأنه غیر المکره علیه جزما.

و أنت خبیر بأنه بالنظر إلی هذه التعلیلات فإن القول الأول هو الأقرب، إذ هو الأربط بالقواعد و الأنسب،إلا أنک قد عرفت فی غیر موضع مما تقدم ما فی البناء علی أمثال هذه التعلیلات.

الرابع [هل یعتبر فی الحکم ببطلان طلاق المکره عدم إمکان التوریه؟]

قال فی المسالک:لا یعتبر فی الحکم ببطلان طلاق المکره التوریه، و إن کان یحسنها عندنا،لأن المقتضی لعدم وقوعه هو الإکراه الموجب لعدم القصد إلیه،فلا یختلف الحال بین التوریه و عدمها،و لکن ینبغی التوریه للقادر علیها بأن ینوی بطلاق فاطمه المکره علیها غیر زوجته ممن یشارکها فی الاسم،أو ینوی طلاقها من الوثاق،أو یعلقه فی نفسه بشرط،و لو کان جاهلا بها أو أصابه دهشه عند الإکراه-کسل السیف مثلا-عذر إجماعا،انتهی.

و ربما کان فی قوله«عندنا»إیماء إلی أنه عند المخالفین لیس کذلک، فتعتبر التوریه عندهم فی بطلان العقد،و یکون منشأ بطلانه ذلک،و لا ریب فی ضعفه لما ذکره-رحمه الله علیه.

الخامس [حکم ما إذا کان الإکراه بحق]

قال فی الکتاب المتقدم ذکره أیضا:یستثنی من الحکم ببطلان فعل المکره ما إذا کان الإکراه بحق،فإنه صحیح کإکراه الحربی علی الإسلام و المتردد،إذ لو لم یصح لما کان للإکراه علیه معنی،و له موارد کثیره ذکرناها

ص:۱۶۳

فیما سلف من هذا الکتاب،و العباره الجامعه لها مع السابقه أن یقال:ما لا یلزمه فی حال الطواعیه لا یصح منه إذا أتی به مکرها.و ما یلزمه فی حال الطواعیه یصح مع الإکراه علیه،و لا یخلو الحکم بإسلام الکافر مع إکراهه علیه من غموض من جهه المعنی،و إن کان الحکم به ثابتا من فعل النبی صلی الله علیه و آله و سلم فما بعده،لأن کلمتی الشهاده نازلتان فی الاعراب عما فی الضمیر منزله الإقرار،و الظاهر من حال المحمول علیه بالسیف أنه کاذب،لکن لعل الحکمه فیه أنه مع الانقیاد ظاهرا و صحبه المسلمین و الاطلاع علی دینهم یحصل له التصدیق القلبی تدریجا، فیکون الإقرار اللسانی سببا فی التصدیق القلبی،انتهی.

أقول:لا ریب أن محل الاشکال عنده هنا إنما هو إسلام المنافقین المقرین بمجرد اللسان مع عدم التصدیق القلبی،و الأخبار قد دلت علی أن فائده هذا الإسلام إنما هو بالنسبه إلی الأمور الدنیویه من حقن الدم و المال و الطهاره، و جواز المناکحه و نحو ذلک،و أما بالنسبه إلی الآخره فإنهم من أهل النار و الإکراه حینئذ إنما تعلق بإظهاره و إن کان کاذبا بحسب الواقع،و هذا مما لا غموض فیه،و یصیر من قبیل الإکراه علی الحقوق الواجبه کأداء الدین و نحوه، فإنه کما یجب علی المدیون أداء ما یلزمه شرعا کذلک یجب علی الکافر الانقیاد بهذا الدین و الدخول فیه،و إن کان الأول حقا لغیره سبحانه،و الثانی حقا له جل شأنه.

بقی الکلام فی أنه مع عدم تصدیقه بالإسلام و اعتقاده له و إذعانه به فالفائده فی مجرد إظهاره لأجل هذه الأمور الدنیویه قلیل الجدوی.

و الجواب عن ذلک أن الفائده فیه(أولا)إعراضه عن المنازعه و المقاومه بالحرب لهذا الدین و أهله،و هی من أهم الفوائد.

(و ثانیا)ما ذکره شیخنا المذکور من رجاء دخوله فی هذا الدین و تصدیقه به،و تدل علیه الأخبار الوارده فی تألف النبی صلی الله علیه و آله و سلم منافقی قریش بدفع

الزكوات لهم،كما ورد فى تفسير اَلْمُؤَلَّفَهِ قُلُوبُهُمْ ،و قد تقدمت الأخبار بذلك فى كتاب الزكاه،و فى بعضها،فأمر الله نبيه صلى الله عليه و آله و سلم أن يتألفهم بالمال و العطاء لكى يحسن إسلامهم،و يثبتوا على دينهم الذى دخلوا فيه و أقروا به،و إن كان أصحابنا لم يطلعوا على هذه الأخبار،حيث فسروا اَلْمُؤَلَّفَهِ فى آيه الزكاه بالتأليف للجهاد،و مورد الأخبار المذكوره أنما هو التأيف للبقاء على دين الإسلام و التصديق به كما قدمنا تحقيقه فى الكتاب المذكور.

السادس [لو تلفظ بالطلاق ثم قال كنت مكرها و أنكرت المرأه]

قال فى المسالك:لو تلفظ بالطلاق ثم قال كنت مكرها و أنكرت المرأه،فإن كان هناك قرينه تدل على صدقه بأن كان محبوسا أو فى يد متغلب دلت القرينه على صدقه قبل قوله بيمينه،و إلا فلا.

و لو طلق فى المرض فقال كنت مغشيا على أو مسلوب القصد لم يقبل قوله إلا ببينه تقوم على أنه كان زائل العقل فى ذلك الوقت،لأن الأصل فى تصرفات المسلم الصحه إلى أن يثبت خلافها،و إنما عدلنا فى دعوى الإكراه عن ذلك بالقرائن لظهورها و كثره وقوعها،و وضوح قرائنها بخلاف المرض،انتهى.

أقول:ما ذكره من قبول قوله«بيمينه»فى المسأله الاولى مع انضمام القرائن المذكوره إلى الدعوى مقطوع به فى كلام الأصحاب،و احتجوا عليه بأن القصد إلى العقد و الرضا به شرط فى صحه العقد.لكن لما لم يمكن الاطلاع على الرضا غالبا إلا باللفظ الدال عليه اكتفى الشارع به إذا لم تقم قرينه على عدم الرضا،أما مع وجود القرينه الداله على انتفائه فلا يكفى التعويل على دلاله اللفظ لانتفاء الدليل عليه،و الأصل عدمه.

و أما ما ذكره فى المسأله الثانيه من عدم قبول قوله«إلا بالبينه»فهو على إطلاقه محل نظر،و ذلك لأنه إن طابق الظاهر فالأمر كما ذكره،و إن ظهر من حال المريض اضطراب و اختلاط كعدم انتظام كلامه و تغير أحواله ثم ادعى زوال العقل و الحال كما فرضنا فإن الظاهر قبول قوله-لعين ما ذكر فى المسأله الأولى-اعتمادا على القرائن فى الموضعين.

ص: ١۶۵

الرابع [القصد]

اشاره

من الشروط المتقدمه القصد،و هو لا يختص بالطلاق بل يشترط القصد فی صحه التصرفات اللفظیه من الطلاق و غیره إجماعا کما نقله بعضهم،و تدل علیه من الأخبار الوارده فی الطلاق

روایه زراره (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه قال:لا طلاق إلا ما أرید به الطلاق».

و روایه هشام بن سالم (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق».

و فی روایه محمد بن مسلم (۳)عن أبی جعفر علیه السلام

«أنه قال:لا یقع الطلاق بإکراه و لا إجبار و لا علی سکر و لا علی غضب».

و قد تقدم

فی حدیث یحیی بن عبد الله بن الحسن (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام

«إنما الطلاق ما أرید به الطلاق من غیر استکراه و لا إضرار».

و روایه عبد الواحد بن مختار الأنصاری (۵)قال:

«سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول:لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق».

و روایه الیسع (۶)قال:

«سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول فی حدیث:و لو أن رجلا طلق علی سنه و علی طهر من غیر جماع و أشهد و لم ینو الطلاق لم یکن طلاقه طلاقا».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۶۲ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۶ ب ۱۱ ح ۳.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۵۱ ح ۷۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۶ ب ۱۱ ح ۴.
۳- ۳) الفقيه ج ۳ ص ۳۲۱ ح ۵ لكن الظاهر أن هذا كلام الصدوق لا من جزء الروايه.
۴- ۴) الكافى ج ۶ ص ۱۲۷ ح ۴،التهذيب ج ۸ ص ۷۴ ح ۱۶۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۱ ب ۳۷ ح ۴.
۵- ۵) الكافى ج ۶ ص ۶۲ ح ۲،التهذيب ج ۸ ص ۵۱ ح ۸۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۵ ب ۱۱ ح ۲ و ص ۲۸۶ ح ۵.
۶- ۶) الكافى ج ۶ ص ۶۲ ح ۳،التهذيب ج ۸ ص ۵۱ ح ۸۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۵ ب ۱۱ ح ۱.

و قال الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی (۱):

«و لا یقع إلا علی طهر من غیر جماع بشاهدین عدلین مریدا للطلاق». و مما یترتب علی ذلک طلاق الساهی و النائم و الغالط و الهازل،و حال الغضب الذی یرتفع معه القصد،و منه أیضا الأعجمی الذی لقن الصیغه و لا یفهم معناها.

بقی الکلام فی أنه لو ادعی المطلق عمد القصد،فقیل:بأنه لا یقبل منه کما فی سائر التصرفات القولیه من بیع و نحوه،لأن الظاهر من حال العاقل المختار القصد إلی مدلول اللفظ الذی یتلکم به،فإخباره بخلاف ذلک مناف للظاهر، و هو ظاهر اختیار شیخنا الشهید الثانی فی المسالک و سبطه فی شرح النافع.

و أطلق جمع من الأصحاب منهم المحقق فی الشرائع أن المطلق لو قال«لم أقصد الطلاق»قبل منه ظاهرا،و دین بنیته باطنا،و إن تأخر تفسیره ما لم یخرج العده،لأنه إخبار عن نیته،و ظاهره أن العله فی قبول قوله هو کون ذلک إخبارا عن نیته،إذ لا یمکن الاطلاع علیها إلا من قبله،فکان قوله مقبولا کنظائره من الأمور التی لا تعلم إلا من المخبر،و هو جید فیما إذا وقع ذلک فی العده الرجعیه لأن ذلک یعد رجعه کإنکار الطلاق.

و إنما الإشکال فی العده البائنه،فإن ظاهر کلامه أن العده فیه أعم من الرجعیه و البائنه،و وجه الاشکال فیها أن الزوجیه فیها زائله بالکلیه،فحکمها فی ذلک حکم ما بعد العده الرجعیه،فکیف یتم قبول قوله فی هذه الحال؟علی أنک قد عرفت معارضه ما ذکره من العله بما قدمنا ذکره فی عله القول الأول من أن الظاهر من حال العاقل المختار.إلخ.

و لو قیل:إن الأصل مرجح علیه هنا،للزم مثله فی البیع و نحوه من العقود و الإیقاعات،مع الاتفاق منهم علی عدم قبول قوله فی عدم القصد فیها،

۱- ۱) فقه الرضا ص ۲۴۱،مستدرک الوسائل ج ۳ ص ۴ ب ۱۰ ح ۶.

و اختصاص الطلاق بذلک مشکل.

قیل:و ربما کان مستند حکمهم بذلک و تخصیص الطلاق بذلک موثقه منصور بن یونس (۱)المتقدمه من حیث دلالتها علی أنه طلق امرأته و لم یکن له فی طلاقها نیه،و إنما حمله علیه بعض أقاربه،فقال علیه السلام«ما بینک و بین الله فلیس بشیء»و هو مشعر بقبول قوله،و فیه:إنا قد بینا أن مورد الخبر المذکور إنما هو الإکراه-بالتقریب الذی ذکرناه ذیله-و جواب الامام علیه السلام له بذلک إنما هو بناء علی ما نقله من القصه المتضمنه لاکراهه علی الطلاق لا من حیث مجرد دعواه عدم القصد.

و بالجمله فالأظهر عدم القبول-کما هو القول الأول-إلا مع قیام القرینه علی صدقه،أو کونها فی عده رجعیه فیجعل ذلک بمنزله الرجعه،و الظاهر أنه لو صادقته المرأه علی ذلک فهو کما ذکرنا أیضا لکون الحق منحصرا فیهما، فیعاملان بما اتفقا علیه،و یرجع أمرهما فی صدقهما و کذبهما إلی الله عز و جل.

تنبیهان

الأول [فی توکیل الغیر فی إیقاع صیغه الطلاق]

لا خلاف بین الأصحاب فی جواز الوکاله فی الطلاق الغائب،و إنما الخلاف فی الحاضر،فالمشهور الجواز،و ذهب الشیخ و أتباعه إلی المنع.قال فی النهایه:إذا وکل الرجل غیره بأن یطلق عنه لم یقع طلاقه إذا کان حاضرا فی البلد،فإن کان غائبا جاز توکیله فی الطلاق.و تبعه ابن حمزه و ابن البراج.

احتج الأصحاب علی ما هو المشهور بینهم بأصاله صحه الوکاله،و صحه إیقاع الصیغه المشترطه فی نظر الشارع،و وجود المقتضی و هو الصیغه،و انتفاع المعارض و هو اشتراط المباشره،إذ لا تعلق لغرض الشارع فی إیقاع هذا الفعل

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۲۷ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۲ ب ۳۸ ح ۱.

من مباشر دون غيره،و ما رواه

سعید الأعرج (۱)فی الصحیح عن الصادق علیه السلام

«فی رجل یجعل أمر امرأته إلی رجل،فقال:اشهدوا إنی قد جعلت أمر فلانه إلی فلان فیطلقها،أ یجوز ذلک للرجل؟قال:نعم».
قالوا:و ترک الاستفصال فی الحال یدل علی عموم المقال.

و أنت خبیر بأن ظاهر هذا الخبر أن الوکاله فیه لیست علی النهج المبحوث عنه،فإن ظاهره إنما هو جعل الاختیار فی الطلاق و عدمه إلی ذلک الرجل، فإن شاء طلق و إن شاء لم یطلق إلا أن الرجل اختار الطلاق فطلق،و محل البحث إنما هو توکیل الغیر فی إیقاع صیغه الطلاق،و الذی یدل علی الجواز هنا جمله من الأخبار منها:

ما رواه

المشایخ الثلاثه (۲)فی الصحیح فی بعضها عن ابن مسکان عن أبی هلال الرازی-و الظاهر أنه مجهول- قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:رجل وکل رجلا بطلاق امرأته إذا حاضت و طهرت و خرج الرجل،فبدا له،فأشهد أنه قد أبطل ما کان أمره به،و أنه قد بدا له فی ذلک،قال:فلیعلم أهله و الوکیل».

و ما رواه

فی الکافی (۳)عن السکونی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل جعل طلاق امرأته بید رجلین فطلق أحدهما و أبی الآخر،فأبی أمیر المؤمنین علیه السلام أن یجیز ذلک حتی یجتمعا جمیعا علی الطلاق».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۲۹ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۳۹ ح ۳۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۳ ب ۳۹ ح ۱.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۲۹ ح ۴،الفقیه ج ۳ ص ۴۸ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۳۹ ح ۳۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۳ ب ۳۹ ح ۳.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۲۹ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۳۹ ح ۳۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۳ ب ۳۹ ح ۲.

و ما رواه

الشیخ (۱)عن الیقطینی قال:

«بعث إلی أبو الحسن الرضا علیه السلام رزم ثیاب و غلمانا و دنانیر و حجه لی و حجه لأخی موسی بن عبید و حجه لیونس بن عبد الرحمن، فأمرنا أن نحج عنه،و کان بیننا مائه دینار أثلاثا فیما بیننا،فلما أردت أن أعبی الثیاب رأیت فی أضعاف الثیاب طینا،فقلت للرسول (۲):ما هذا؟فقال:

لیس یوجه بمتاع إلا جعل فیه طینا من قبر الحسین علیه السلام،ثم قال الرسول:قال أبو الحسن علیه السلام:هو أمان بإذن الله،و أمرنا بالمال بأمور من صله أهل بیته و قوم محاویج لا مؤنه لهم،و أمر بدفع ثلاثمائه دینار إلی رحم امرأه کانت له،و أمر لی أن أطلقها عنه و أمتعها بهذا المال،و أمرنی أن اشهد علی طلاقها صفوان بن یحیی و آخر نسی محمد بن عیسی اسمه».

أما ما استدل به الشیخ و أتباعه علی ما ذهبوا إلیه فهو ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۳)عن زراره عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا تجوز الوکاله فی الطلاق». قال فی التهذیب-بعد نقل هذا الخبر-:و هذا الحدیث لا ینافی الأخبار الأوله،لأنا نحمل هذا الخبر علی الحال التی یکون الرجل فیها حاضرا غیر غائب،فإنه متی کان الأمر علی ما وصفناه لم یجز وکالته فی الطلاق.و الأخبار الأوله فی تجویز الوکاله مختصه بحال الغیبه و لا تنافی بین الأخبار.و قال ابن سماعه:إن العمل علی الذی ذکر فیه أنه لا یجوز الوکاله فی الطلاق و لم یفصل،و ینبغی أن یکون العمل علی الأخبار کلها حسبما قدمناه،انتهی.

و قال فی الکافی-بعد نقل الأخبار الداله علی الجواز-:و روی أنه لا یجوز الوکاله فی الطلاق-ثم أورد خبر زراره المذکور ثم قال:-و قال الحسن بن سماعه:

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۴۰ ح ۴۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۴ ب ۳۹ ح ۶.

۲- ۲) یعنی الذی بعثه الامام الرضا علیه السلام.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۳۰ ح ۶،التهذیب ج ۸ ص ۳۹ ح ۳۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۴ ب ۳۹ ح ۵.

و بهذا الحديث نأخذ.

أقول:و قد ظهر من ذلک أن فی المسأله أقوالا:القول المشهور و هو الجواز، و مذهب الشیخ و أتباعه و هو التفصیل بین الحضور و الغیبه،و مذهب الحسن بن سماعه و هو المنع و التوقف فی المسأله،و هو ظاهر الکلینی،حیث نقل الروایه المخالفه لما ذکره أولا و لم یجب عنها بشیء،و یرد علی ما ذهب إلیه الشیخ أنه لا قرینه فی الأخبار المذکوره تؤنس بهذا التفصیل،و أکثر الأخبار مطلق،و إن کان مورد بعضها الغیبه،و یرد علی ما ذکره ابن سماعه أن فیه طرحا للأخبار الداله علی القول المشهور،و هی أکثر عددا و أوضح سندا.

و بالجمله فظهور الخبر الأخیر فی المعارضه مما لا ینکر،و لا یحضرنی الآن محمل صحیح یحمل علیه،قال فی الوافی-بعد ذکر استبعاد حمل الشیخ-:

و لو جاز تقیید الخبر بحال الحضور استنادا إلی ظهور بعض ما یخالفه فی الغائب لجاز تقییده بالنساء فی کله أمر الطلاق إلیهن استنادا إلی ورود ما یوافقه فیهن کما یأتی فی الباب الآتی من التخییر،انتهی.

و مراده أنه لو صح حمل الشیخ-و الحال أنه لا قرینه تؤنس به فی هذه الأخبار إلا مجرد ورود بعض الأخبار فی طلاق الغائب کذلک-لجاز أیضا أن یحمل إطلاق هذا الخبر علی ما دلت علیه الأخبار الداله علی عدم جواز التخییر للنساء فی الطلاق،و أنه موکول لهن،کما سیأتیک الاخبار به إن شاء الله قریبا، و یأتی بیان الوجه فیها،فیکون هذا الخبر من الأخبار الداله علی القول المشهور من أنه لا یجوز للنساء الوکاله فی الطلاق بأن یتولین ذلک مباشره أو وکاله.

و أنت خبیر بما فیه من البعد کما فی مذهب الشیخ،و بالجمله فالمسأله عندی لا تخلو من نوع توقف،و الأنسب بقواعد الأصحاب کما هی قاعدتهم فی جمیع الأبواب هو حمل النهی فی هذا الخبر علی الکراهه،لکن من قواعدهم أنهم لا یرتکبون الجمع إلا مع التکافؤ فی السند،فاکتفوا هنا برد الخبر المذکور

لضعف سنده،و أعرضوا عنه لذلک،قال فی المسالک:و علی قول الشیخ یتحقق الغیبه بمفارقه مجلس الطلاق و إن کان فی البلد.

أقول:فهم هـذا المعنی من عباره الشیـخ التی قدمنا نقلها عنه لا یخلو من إشکال،بل ظاهرها إنما هو الغیبه عن البلد لا عن مجلس الطلاق،فإنه بعد أن صرح بأنه لم یقع طلاقه إذا کان حاضرا فی البلد قال:و إن کان غائبا جاز،المتبادر منه یعنی غائبا عن البلد،و مفهومه أنه متی کان حاضرا فی البلد لم یجز.و حینئذ فإن کان ما ذکره-رحمه الله-مأخوذا من کلام آخر غیر هذه العباره فیمکن صحه ما ادعاه،و إن کان من هذه العباره فالأمر کما تری.

الثانی [فی جواز جعل الأمر إلیها فی طلاق نفسها]

المشهور بین الأصحاب أنه یجوز جعل الأمر إلیها فی طلاق نفسها و قال الشیخ فی المبسوط:و إن أراد أن یجعل الأمر إلیها فعندنا لا یجوز علی الصحیح من المذهب،و فی أصحابنا من أجازه.

قال فی المختلف-فی الاحتجاج لما اختاره من القول المشهور-:لنا أنه فعل یقبل النیابه،و المحل قابل فجاز کما وکل غیرها من النساء أو توکلت فی طلاق غیرها.

و احتج فی المسالک بما دل علی جواز النیابه فیه مطلقا قال:و هو یشمل استنابتها کغیرها.ثم نقل عن الشیخ أنه استند فی تخصیصها بالمنع إلی أن القابل لا یکون فاعلا،و ظاهر

قوله صلی الله علیه و آله و سلم (۱)

«الطلاق بید من أخذ بالساق». فإنه یقتضی عدم صحه التوکیل مطلقا،خرج عنه غیر المرأه بدلیل من خارج،فتبقی هی علی أصل المنع.ثم رده فقال:و لا یخفی ضعف الدلاله،فإن المغایره بین القابل و الفاعل یکفی فیه الاعتبار،و هما مختلفان بالحیثیه،و الخبر مع تسلیمه لا یفید الحصر،و علی تقدیر تسلیم إفادته فما أخرج غیرها من الوکلاء عنه یخرجها لتناوله لها،انتهی.

۱- ۱) الجامع الصغیر ج ۲ ص ۵۷.

و عنـدی فی المسأله نوع توقف،و إن کـان القول المشـهور لا یخلو من قوه بالنظر إلی هـذه التعلیلات،إلا أن الاعتماد عنـدنا فی الأحکام الشـرعیه إنما هو علی النصوص،و الزوجیه قـد ثبتت و تحققت،فرفعها و رفع ما یترتب علیها یتوقف علی دلیل واضح من النصوص.

و قـال فی الکفایه:و لو وکلها فی طلاق نفسـها ففی صـحته قولان،و الأدله من الجانبین محل البحث.انتهی،و فیه إیـذان بتوقفه فی المسأله.و نحوه المحـدث الکاشانی فی المفاتیـح حیث إنه اقتصـر علی نقل القولین من غیر ترجیـح فی البین،و هذا فی محله کما عرفت.

الرکن الثانی:المطلقه

اشاره

[شرائطها]

اشاره

و یشترط فیها أمور

الأول:أن تکون زوجه

فلا أثر لطلاق الموطوءه بالملک و لا الأجنبیه،و کـذا لو علق الطلاق بالتزویـج بأن قال:إن تزوجت فلانه فهی طالق،أو کل من أتزوج فهی طالق،و الأصل فی ذلک أن کلا من النکاح و الطلاق أحکام شرعیه یتوقف ثبوتها و الحکم بها علی الأسباب و العلل المنوطه بها شرعا فهی توقیفیه،و النکاح لما ثبت بما رسمه الشارع من الأسباب و الشروط،فرفعه و رفع ما یترتب علیه متوقف علی مـا ثبت من الشـارع کونه رافعـا مزیلا لحکمه.و الـذی علم من الشارع هو ورود الطلاق علی الأزواج خاصه دون ملک الیمین و الأجـانب،و استصـحاب الحـل فیهن بـاق لا رافع له شـرعا،و إلحـاقهن بحکم الزوجات قیاس لا یوافق أصول المـذهب و بـذلک صرحت الأخبار أیضا.

و منها ما رواه

فی الکافی (۱)عن عبد الله بن سلیمان عن أبیه قال:

«کنا فی المسجد،فدخل علی بن الحسین علیه السلام و لم أثبته و علیه عمامه سوداء قد أرسل

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۶۳ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۷ ب ۱۲ ح ۳ و فیهما اختلاف یسیر.

طرفيها بين كتفيه (۱)فقلت لرجل قريب المجلس منی:من هذا الشيخ؟فقال:

ما لک لم تسألنی عن أحد دخل المسجد غير هذا الشيخ؟فقلت:لم أر أحدا دخل المسجد أحسن هيئه فی عينی من هذا الشيخ،فقال:إنه علی بن الحسين عليه السلام فقمت و قام الرجل و غيره فاكتنفناه و سلمنا عليه،فقال له الرجل:ما تری فی رجل سمی امرأته بعينها و قال يوم يتزوجها هی طالق ثلاثا ثم بدا له أن يتزوجها، أ يصلح له ذلک؟فقال:إنما الطلاق بعد النكاح،قال عبد الله:فدخلت أنا و أبی علی أبی عبد الله جعفر بن محمد عليه السلام فحدثه أبی بهذا الحديث،فقال له أبو عبد الله عليه السلام:أنت تشهد علی علی بن الحسين عليه السلام بهذا الحديث؟قال:نعم».

قال الكاشانی-فی الوافی ذيل هذا الخبر-:أراد أبو عبد الله عليه السلام بهذا السؤال تسجيل الحكم عليه حيث إنه مخالف لمذاهب العامه و عملهم،و كان المخاطب منهم،و لعله ممن يحسن اعتقاده فی علم علی بن الحسين عليه السلام،انتهی.

و عن سماعه (۲)قال:

«سألته عن الرجل يقول يوم أتزوج فلانه فهی طالق،فقال:

ليس بشیء،إنه لا يكون طلاق حتی يملک عقده النكاح».

و عن محمد بن قيس (۳)فی الصحيح أو الحسن عن أبی جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن رجل قال:إن تزوجت فلانه فهی طالق و إن اشتريت فلانا فهو حر،و إن اشتريت هذا الثوب فهو فی المساكين،فقال:ليس بشیء،لا يطلق إلا ما يملک،و لا يعتق إلا ما يملک،و لا يتصدق إلا بما يملک».

۱- ۱) أقول:فی هذا الحديث دلاله علی أن السنه فی التعمم هو دون التحنک،كما اشتهر بين جمله من الأصحاب،فإنه ناش عن الغفله عن ملاحظه الاخبار،و نحو هذا الخبر غيره كما تقدم فی كتاب الصلاه من هذا الكتاب.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) الكافی ج ۶ ص ۶۳ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۸ ب ۱۲ ح ۵.

۳- ۳) الكافی ج ۶ ص ۶۳ ح ۵ و ليس فيه«و لا يعتق الا ما يملک»،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۷ ب ۱۲ ح ۲ و فيهما اختلاف يسير.

و ما رواه

الصدوق (۱)فی الصحیح عن حماد عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه سئل عن رجل قال:کل امرأه أتزوجها ما عاشت أمی فهی طالق،فقال:

لا طلاق إلا بعد نکاح،و لا عتق إلا بعد ملک». و رواه فی المقنع عن رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم مرسلا.

و عن النضر بن قرواش (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام فی حدیث قال:

«لا طلاق قبل نکاح،و لا عتق قبل ملک».

و روی فی کتاب قرب الاسناد (۳)عن الحسن بن ظریف عن الحسین بن علوان عن جعفر عن أبیه عن علی علیهم السلام

«أنه کان یقول:لا طلاق لمن لا ینکح،و لا عتاق لمن لا یملک».

أقول:المراد بالنکاح فی هذه الأخبار الثلاثه مع روایه عبد الله بن سلیمان المتقدمه هو العقد لا الوطء،و إلا لم یتم الحصر فی الأولین و لا السلب فی الآخرین، و یؤیده ما تقدم فی موثقه سماعه من قوله«عقده النکاح»و حینئذ ففی هذه الأخبار دلاله ظاهره علی تمام المدعی من عدم الطلاق بالمملوکه و الأجنبیه و المعلق طلاقها بالتزویج،و هو بحمد الله سبحانه ظاهر لا ستره علیه.

و روی الفضل بن الحسن الطبرسی فی کتاب مجمع البیان (۴)عن حبیب بن أبی ثابت قال:

«کنت عند علی بن الحسین علیه السلام فقال له رجل:إنی قلت یوم أتزوج فلانه فهی طالق،فقال:اذهب فتزوجها،فإن الله بدأ بالنکاح قبل الطلاق فقال «إِذٰا نَکَحْتُمُ الْمُؤْمِنٰاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ» (۵).

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۳۲۱ ذیل ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۶ ب ۱۲ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۸ ص ۱۶۹ ح ۲۳۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۷ ب ۱۲ ح ۴.

۳- ۳) قرب الاسناد ص ۴۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۸ ب ۱۲ ح ۷.

۴- ۴) مجمع البیان ج ۸ ص ۳۶۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۹ ب ۱۲ ح ۱۳.

۵- ۵) سوره الأحزاب-آیه ۴۹.

أقول:و هذا الخبر أيضا ظاهر فيما قلناه.

و بالجمله فالحكم المذكور اتفاقى نصا و فتوى فلا إشكال،و إنما خالف فى ذلك العامه،فحكم بعضهم بوقوعه على الأجنبيه مطلقا،و بعضهم بوقوعه إذا علقه بتزويجها،بمعنى احتساب ذلك من الطلقات الثلاث المحرمه على تقدير تزويجها.و ضعف الجميع بما ذكرنا من الأخبار ظاهر.

الثانى:أن يكون العقد دائما

،فلا يقع الطلاق بالأمه المحلله و لا المتمتع بها و لو كانت حره،و الحكم هنا أيضا موضع وفاق كما نقله فى المسالك،قال:

و لأن التحليل نوع إباحه،فمتى شاء الزوج تركها بغير طلاق فلا حاجه إليه، و المتمتع بها تبين بانقضاء المده و بإسقاطها لها كما مر،

و قد روى محمد بن إسماعيل (1)فى الصحيح عن الرضا عليه السلام قال:

«قلت:و تبين بغير طلاق؟قال:نعم». و الاعتماد على الاتفاق،و إلا فتعدد الأسباب ممكن،انتهى.

أقول:و مما يدل على عدم وقوع الطلاق بالمحلله الأخبار الأربعه المتقدمه الداله على أن الطلاق إنما هو بعد النكاح،و النكاح كما عرفت عباره عن العقد و هو قسيم للتحليل،فلا يدخل فيه.

و مما يدل على عدم وقوعه بالمتمتعه الصحيحه التى ذكرها،و ما رواه

فى الكافى (2)عن هشام بن سالم قال:

«قلت:كيف يتزوج المتعه؟قال:تقول يا أمه الله أتزوجك كذا و كذا يوما،فإذا مضت تلك الأيام كان طلاقها فى شرطها».

و أما قوله«و الاعتماد على الاتفاق،و إلا فتعدد الأسباب ممكن»ففيه أنه

1- 1) الكافى ج 5 ص 459 ح 2،التهذيب ج 7 ص 266 ح 72،الوسائل ج 14 ص 478 ب 25 ح 1.

2- 2) الكافى ج 5 ص 455 ح 5،الوسائل ج 14 ص 466 ب 18 ح 3 و فيهما«بكذا و كذا درهما»و كذلك فى آخر الروايه«و لا عده لها عليك».

و إن کان تعددها ممکنا إلا أن ذلک فرع ثبوت السببیه،و حیث لم یثبت هنا سببیه الطلاق فالأصل عدمها لما تقدم من أن الأحکام المذکوره توقیفیه،فلا یحتاج إلی الاتفاق،و فی معنی ما ذکرنا من الأخبار أخبار أخر لا ضروره لا یرادها مع عدم المخالف.

الثالث:أن یطلقها فی طهر لم یقربها فیه

-بمعنی أن تکون مسترابه- فلو طلقها فی طهر و مسها فیه لم یقع طلاق،و یستثنی من ذلک الیائسه و الصغیره و الحامل و المسترابه علی تفصیل یأتی ذکره إن شاء الله.

و أما ما یدل علی الحکم الأول-أعنی عدم صحه الطلاق فی طهر واقعها فیه-فاتفاق الأصحاب و إجماعهم علی ذلک أولا.و ثانیا الأخبار المستفیضه بل قیل إنها ربما بلغت حد التواتر.

و منها ما رواه

الشیخ (1)فی الصحیح عن عمر بن أذینه عن زراره و بکیر ابنی أعین و محمد بن مسلم و برید بن معاویه العجلی و الفضیل بن یسار و إسماعیل الأزرق و معمر بن یحیی بن بسام کلهم سمعوه من أبی جعفر علیه السلام و من ابنه بعد أبیه علیهما السلام بصوره ما قالوا و إن لم أحفظ حروفه غیر أنه لم یسقط جمل معناه:

إن الطلاق الذی أمر الله به فی کتابه و سنه نبیه صلی الله علیه و آله و سلم أنه إذا حاضت المرأه و طهرت من حیضها أشهد رجلین عدلین قبل أن یجامعها علی تطلیقه-الحدیث.

و ما رواه

فی الکافی (2)بالسند المذکور عن أبی جعفر و أبی عبد الله علیهما السلام

«أنهما قالا:إذا طلق الرجل فی دم النفاس أو طلقها بعد ما یمسها فلیس طلاقه إیاها بطلاق».

و ما رواه

فی الکافی (3)عن ابن أذینه فی الصحیح عن بکیر و غیره عن أبی جعفر

1- 1) التهذیب ج 8 ص 28 ح 4،الوسائل ج 15 ص 351 ب 3 ح 7 و فیهما اختلاف یسیر.
2- 2) الکافی ج 6 ص 60 ح 11،التهذیب ج 8 ص 47 ح 66،الوسائل ج 15 ص 277 ب 8 ح 5.
3- 3) الکافی ج 6 ص 61 ح 17،التهذیب ج 8 ص 48 ح 67،الوسائل ج 15 ص 279 ب 8 ح 9.

علیه السلام قال: «کل طلاق لغیر العده فلیس بطلاق،أن یطلقها و هی حائض أو فی دم نفاسها أو بعد ما یغشاها قبل أن تحیض،فلیس طلاقها بطلاق»الحدیث. إلی غیر ذلک من الأخبار کما تقدمت الإشاره إلیه.

و أما ما یدل علی الثانی-و هو استثناء الیائسه و ما بعدها بعد الاتفاق علی الحکم المذکور-فجمله من الأخبار:

و منها ما رواه

فی الکافی (۱)عن الحلبی فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا بأس بطلاق خمس علی کل حال:الغائب عنها زوجها،و التی لم تحض،و التی لم یدخل بها،و الحبلی،و التی قد یئست».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه (۲)عن إسماعیل بن جابر الجعفی عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«خمس یطلقهن الرجل علی کل حال:الحامل المتیقن حملها،و الغائب عنها زوجها،و التی لم تحض،و التی قد یئست من المحیض،و التی لم یدخل بها».

و ما رواه

الشیخ (۳)فی الصحیح عن محمد بن مسلم و زراره و غیرهما عن أبی جعفر و أبی عبد الله علیهما السلام

«قالا-:خمس یطلقهن أزواجهن متی شاءوا،الحامل المستبین حملها،و الجاریه التی لم تحض،و المرأه التی قعدت من المحیض،و الغائب عنها زوجها،و التی لم یدخل بها».

و ما رواه

الصدوق فی الخصال (۴)عن حماد بن عثمان فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«خمس یطلقن علی کل حال:الحامل،و التی قد یئست من المحیض، و التی لم یدخل بها،و الغائب عنها زوجها،و التی لم تبلغ المحیض».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۷۹ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۶ ب ۲۵ ح ۳.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۷۹ ح ۳،الفقیه ج ۳ ص ۳۳۴ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۶۱ ح ۱۱۷ و ص ۷۰ ح ۱۵۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۵ ب ۲۵ ح ۱.

۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۷۰ ح ۱۴۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۶ ب ۲۵ ح ۴.
۴- ۴) الخصال ج ۱ ص ۳۰۳ ح ۸۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۶ ب ۲۵ ح ۵.

إذا عرفت ذلک فاعلم أن المـذکور فی کلام الأصـحاب عـد الصـغیره فی جمله من اسـتثنی من الحکم المتقـدم،و المـذکور فی الأخبـار عـدا روایه الخصال کما عرفت إنما هو التی لم تحض،و لیس فیها تعرض لـذکر الصـغیره،و الظاهر أن الشـیخ و من تأخر عنه من الأصحاب فهموا من هذا اللفظ الکنایه عن الصغیره فجعلوها من جمله الخمس،و لم یذکروا التی لم تحض،قال الشیخ فی النهایه بعد عد الصـغیره:و المراد بالصـغیره من نقص سنها عن تسع سنین،قال:و من کان لها تسع سنین فصاعدا،و لم تکن حاضت بعد و أراد طلاقها فلیصبر علیها ثلاثه أشهر،ثم یطلقها بعد ذلک.

و اعترضه فی شـرح النافع فقال:و عندی فی التخصـیص نظر،و لا یبعد أن یکون المراد بمن لم تحض التی لم تحض مثلها عاده و إن زاد سـنها عن التسع، و مراده-رحمه الله-أن تفسـیره من لـم تحض الوارد فی الأخبـار بالصـغیره خاصه محل نظر،بل الأولی فی تفسـیره هو الحمـل علی مـا هو أعم،و هی التی لم تحض مثلها عاده،سواء کان لنقص سـنها عن التسع أو لم یکن،فیکون أعم من الصغیره و المسترابه.

و لقائل أن یقول:إن روایه الخصال قد تضـمنت علی التی لم تبلغ المحیض و هی عباره،عن الصغیره،و حینئذ فیحمل علیها إطلاق الأخبار الباقیه،و به یظهر صحه ما ذکره الأصحاب من عد الصغیره فی هذا الباب و یزول ما ذکره السید المذکور من الإیراد.

و کیف کان فإنهم عدوا المسترابه فی جمله من اسـتثنی بشـرط مضـی ثلاثه أشـهر،و هی عندهم من کانت فی سن من تحیض و هی لا تحیض،سواء کان عدم حیضها لعارض من رضاع أو مرض أو یکون خلقیا،قالوا:و إطلاق المسترابه علیها مجرد اصطلاح،و إلا فقد یحصل مع انقطاع الحیض استرابه الحمل و قد

لا یحصل،إلا أنه لا بد فی طلاقها من مضی ثلاثه أشهر و لا یقع قبلها و هو مقطوع به (۱)فی کلامهم بل الظاهر أنه موضع وفاق.

و یدل علیه ما رواه

ثقه الإسلام (۲)فی الصحیح عن داود بن أبی یزید العطار عن بعض أصحابه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن المرأه یستراب بها،و مثلها تحمل و مثلها لا تحمل و لا تحیض و قد واقعها زوجها،کیف یطلقها إذا أراد طلاقها؟ قال:فلیمسک عنها ثلاثه أشهر ثم یطلقها».

و ما رواه

الشیخ (۳)فی الصحیح عن إسماعیل بن سعد الأشعری قال:

«سألت الرضا علیه السلام عن المسترابه من المحیض کیف تطلق؟قال:تطلق بالشهور». و الظاهر أن المراد بالشهور الأشهر الثلاثه.

و یؤیده ما رواه

فی الکافی (۴)عن الحسن بن علی بن کیسان قال:

«کتبت إلی الرجل علیه السلام أسأله عن رجل له امرأه من نساء هؤلاء العامه،و أراد أن یطلقها،و قد کتمت حیضها و طهرها مخافه الطلاق،فکتب علیه السلام:یعتزلها ثلاثه أشهر ثم یطلقها.

الرابع:أن یعین المطلقه

،علی خلاف فی ذلک،و توضیح ذلک:إنه قد اختلف الأصحاب فی أنه لو کان له أکثر من زوجه فقال:إحداکن طالق،

۱- ۱) قال المحقق-قدس سره-فی الشرائع بعد ذکر الشرط المذکور:و یسقط اعتبار ذلک فی الیائسه،و فیما لم تبلغ المحیض.و فی الحامل و المسترابه بشرط أن یمضی علیها ثلاثه أشهر لم تر دما معتزلا لها،و لو طلق المسترابه قبل مضی ثلاثه أشهر من حین المواقعه لم یقع الطلاق،انتهی.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۹۷ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۶۹ ح ۱۴۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۵ ب ۴۰ ح ۱.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۶۸ ح ۱۴۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۴ ب ۴ ح ۱۷.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۹۷ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱۱ ب ۲۸ ح ۲.

أو إحدى زوجاتى طالق،فالمشهور أنه باطل لوجوب التعيين،و هو مذهب الشيخ المفيد و السيد المرتضى و ابن إدريس و الشيخ فى أحد قوليه و المحقق فى أحدهما،و العلامه فى أحدهما و كذا الشهيد فى أحدهما و هو اختيار السيد السند فى شرح النافع،و هو الأظهر لما قدمنا ذكره سابقا من أن النكاح و الطلاق أمور توقيفيه يجب الوقوف فيها على ما رسمه الشارع صحه و بطلانا،و لا ريب أن النكاح عصمه مستفاده من الشرع فلا بد فى زواله من سبب شرعى قد علم من الشارع،و القدر المعلوم إجماعا و نصا كما هو المفهوم من أخبار أهل البيت عليهم السلام هو المعين،فمن ادعى سببيه غيره فعليه الدليل،و ليس له إلى ذلك سبيل.

و قال الشيخ فى المبسوط:إنه يصح.و اختاره ابن البراج و تبعهما المحقق و العلامه و الشهيد فى أقوالهم الأخر،و احتجوا بأصاله عدم الاشتراط،و عموم مشروعيه الطلاق.

و يرد على الأول ما أشرنا إليه من أن الطلاق من الأمور التوقيفيه،لا مدخل للأصل فيها،بل المدار فيه على وجود السبب الذى جعله الشارع لذلك، و حيث لم يوجد فلا يمكن الحكم به.

و على الثانى منع العموم على وجه يتناول ما ذكروه،بل منع كون ذلك طلاقا،و لهم بناء على هذا القول تفريعات قد اختلفت فيها أنظارهم و اضطربت فيها أفكارهم.

منها أنه متى طلق و لم يعين فهل يستخرج المطلقه بالقرعه أو يرجع فى ذلك إلى تعيينه؟قولان:اختار أولهما المحقق فى الشرائع،و ثانيهما العلامه فى القواعد.

و منها أنه على القولين المذكورين،فهل يحكم بوقوع الطلاق من حين اللفظ أو من حين التعيين؟قولان آخران:اختار أولهما الشيخ فى المبسوط،و ثانيهما العلامه فى القواعد و التحرير،و يتفرع على ذلك العده،فعلى الأول تعتد من حين

اللفظ،و علی الثانی من حین التعیین.إلی غیر ذلک من التفریعات و المباحث الطویله المتفرعه علی هـذا القول،و حیث قـد عرفت أنه لا دلیل علی القول المذکور.فلا ضروره إلی التشاغل بما یتفرع علیه.

الخامس:أن تکون طاهره من الحیض و النفاس بشرط أن تکون مدخولا بها و زوجها حاضرا

،فلو طلقها فی حال الحیض و النفاس مع عدم الأمرین المذکورین فلا خلاف فی عدم وقوعه طلاقا،و به تظافرت الأخبار.

فروی الشیخ (1)فی الصحیح عن محمد الحلبی قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:

الرجل یطلق امرأته و هی حائض؟قال:الطلاق علی غیر السنه باطل».

و قد تقدم

فی صحیحه عمر بن أذینه (2)الثانیه عن الجماعه المتقدم ذکرهم

إذا طلق الرجل فی دم النفاس أو طلقها بعد ما یمسها فلیس طلاقه إیاها بطلاق.

و ما رواه

فی الکافی (3)عن الحلبی قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل طلق امرأته و هی حائض،فقال:الطلاق بغیر السنه باطل».

و قد تقدم أیضا فی روایه ابن أذینه فی الصحیح عن بکیر (4)و غیره ما یدل علی ذلک،إلی غیر ذلک من الأخبار.

و أما ما یـدل علی صـحه طلاق الحائض غیر المـدخول بها و الغائب عنها زوجها فهو ما تقـدم من الأخبار الـداله علی أن خمسا یطلقن علی کل حال،و عد منهن

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۵۸ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۴۷ ح ۶۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۷۷ ب ۸ ح ۳.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۶۰ ح ۱۱،التهذیب ج ۸ ص ۴۷ ح ۶۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۷۷ ب ۸ ح ۵.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۵۸ ح ۶،التهذیب ج ۸ ص ۴۷ ح ۶۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۷۷ ب ۸ ح ۲.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۶۰ ح ۱۷،التهذیب ج ۸ ص ۴۷ ح ۶۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۷۹ ب ۸ ح ۹.

التی لم یدخل بها و الغائب عنها زوجها.

و بالجمله فالحکم المذکور مما لا خلاف فیه و لا إشکال،و إنما محل البحث و الاشکال الذی طال فیه النزاع و الجدال و کثر فیه القیل و القال قدر الغیبه الموجبه لجواز الطلاق فی المحیض،و تفصیل الکلام فی المقام أن یقال:

لا خلاف نصا و فتوی فی جواز طلاق الحائض إذا کان الزوج غائبا فی الجمله فلو أراد أن یطلق زوجته و قد خرج عنها فی طهر جامعها فیه،فهل یکفی فی الجواز مجرد الغیبه؟أم لا بد من أمر آخر و تربص مده معینه؟ و ها أن أنقل ما وصل إلی من الأقوال و الأخبار صحیحها و ضعیفها بناء علی ما هو المختار،فأقول:

قد ذهب الشیخ المفید (۱)و سلار و الشیخ علی بن الحسین بن بابویه و ابن أبی عقیل و غیرهم إلی جواز طلاق الغائب إذا کانت بحیث لا یمکنه استعلام حالها من غیر تربص،و ادعی ابن أبی عقیل تواتر الأخبار بذلک.

و قال الصدوق فی الفقیه (۲):و إذا أراد الغائب أن یطلق امرأته،فحد غیبته التی إذا غابها کان له أن یطلق متی شاء،أقصاه خمسه أشهر أو سته أشهر،

۱- ۱) أقول:قال الشیخ المفید-قدس سره-:و من کان غائبا عن زوجته فلیس یحتاج فی طلاقها إلی ما یحتاج الیه الحاضر من الاستبراء،لکنه لا بد له من الإشهاد، فإذا أشهد رجلین من المسلمین علی طلاقه لها وقع بها الطلاق ان کانت طاهرا و حائضا و علی کل حال. و قال الشیخ علی بن الحسین بن بابویه:و اعلم یا بنی أن خمسا یطلقن علی کل حال و لا یحتاج الرجل أن ینتظر طهرهن.وعد الخمس المذکورات فی الاخبار. و قال ابن أبی عقیل:و قد تواترت الاخبار عن الصادقین علیهم السلام أن خمسا یطلقن علی کل حال إذا شاء أزواجهن أی وقت شاءوا و هی التی قد یئست من المحیض.ثم ساق باقی الأفراد کما ورد فی تلک الاخبار،و لم یقدر مده الغیبه بقدر معین. (منه-قدس سره-).

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۳۲۵ ذیل ح ۱.

و أوسطه ثلاثه أشهر،و أدناه شهر.

و قال الشيخ فی النهایه:و متی لم یکن دخل بالمرأه و طلقها وقع الطلاق و إن کانت حائضا،و کذلک إن کان غائبا شهرا فصاعدا وقع طلاقه إذا طلقها و إن کانت حائضا-و قال فی موضع آخر منها:-إذا خرج إلی السفر و قد کانت طاهرا طهرا لم یقربها فیه بجماع جاز له أن یطلقها أی وقت شاء،و متی کانت طاهرا طهرا قد قربها فیه بجماع فلا یطلقها حتی یمضی ما بین شهر إلی ثلاثه أشهر، ثم یطلقها بعد ذلک أی وقت شاء.

و کلامه الأول یرجع إلی ما ذکره الصدوق فی الفقیه،و به صرح ابن حمزه أیضا،فقدر مده التربص بشهر فصاعدا.

و بما ذکره من الکلام الثانی صرح ابن البراج (۱)و قال ابن الجنید:و الغائب لا یطلق حتی یعلم أن المرأه بریه من الحمل أو هی حامل،فإن علم ذلک فأوقع الطلاق علی شرائطه وقع،ثم قال:و ینتظر الغائب بزوجته من آخر جماع أوقعه ثلاثه أشهر إذا کانت ممن تحمل،و إن کانت آیسه أو لم تبلغ إلی حال الحمل طلقها إذا شاء و هو ظاهر فی تقدیر مده التربص بثلاثه أشهر و علم براءه رحمها من الحمل.

و اختار هذا القول العلامه فی المختلف،و ذهب الشیخ فی الاستبصار و ابن إدریس و العلامه فی أکثر کتبه،و المحقق و هو المشهور بین المتأخرین إلی اعتبار مضی مده یعلم انتقالها من الطهر الذی واقعها فیه إلی آخر بحسب عادتها، و لا یتقدر بمده مخصوصه.

و الأصل فی اختلاف هذه الأقوال اختلاف الأخبار الوارده عن الأئمه علیهم السلام و منها ما تقدم فی الشرط الثالث من الأخبار الداله علی أن خمسا یطلقن علی

۱- ۱) فقال:ان کان لما خرج کانت طاهره طهرا لم یقربها فیه بجماع طلقها أی وقت أراد و ان کانت طاهرا طهرا قد قربها فیه بجماع فلا یطلقها حتی تمضی لها ما بین شهر إلی ثلاثه أشهر و یطلقها بعد ذلک أی وقت أراد،انتهی.(منه-رحمه الله علیه-).

كل حال (۱).

و الظاهر أنه بإطلاق هذه الأخبار أخذ الشيخ المفيد و من تبعه من المشايخ المتقدم ذكرهم كما هو صريح عبارتی ابن أبی عقيل و الشيخ علی بن بابويه.

و نحو هذه الأخبار أيضا ما رواه

فی الكافی (۲)عن محمد بن مسلم فی الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال:

«سألته عن الرجل يطلق امرأته و هو غائب؟قال:يجوز طلاقه علی كل حال،و تعتد امرأته من يوم طلقها».

و ما رواه

فی التهذيب (۳)

«فی الرجل يطلق امرأته و هو غائب،فيعلم أنه يوم طلقها كانت طامثا،قال:يجوز».

و قال الرضا عليه السلام فی كتاب الفقه الرضوی (۴):

«و اعلم أن خمسا يطلقن علی كل حال،و لا يحتاج أن ينتظر طهرهن:الحامل و الغائب عنها زوجها و التی لم يدخل بها و التی لم تبلغ الحيض و التی قد يئست من الحيض».

أقول:و بهذه العباره عبر الشيخ علی بن الحسين بن بابويه فی رسالته إلی ابنه كما تقدمت الإشاره إليه فقال-علی ما نقله فی الفقيه-:و اعلم يا بنی أن خمسا يطلقن علی كل حال،و لا يحتاج الرجل أن ينتظر طهرهن،ثم عد هؤلاء المذكورات،و هو مؤيد لما قد تقدم ذكره فی غير مقام من إفتائه بعبارات الكتاب المذكور.

و منها ما رواه

فی الكافی (۵)فی الموثق عن إسحاق عن أبی عبد الله عليه السلام

۱- ۱) الكافی ج ۶ ص ۷۹ ح ۱ و ۲ و ۳،الفقيه ج ۳ ص ۳۳۴ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۵ و ۳۰۶ ب ۲۵ ح ۱ و ۳.

۲- ۲) الكافی ج ۶ ص ۸۰ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۷ ب ۲۶ ح ۱.

۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۶۲ ح ۱۲۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۸ ب ۲۶ ح ۶.

۴- ۴) فقه الرضا ص ۲۴۴،مستدرك الوسائل ج ۳ ص ۶ ب ۱۹ ح ۲ و فيهما اختلاف يسير.

۵- ۵) الكافی ج ۶ ص ۸۰ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۷ ب ۲۶ ح ۳.

قال: «الغائب إذا أراد أن يطلقها تركها شهرا».

و عن حمید عن ابن سماعه (۱)قال:

«سألت محمد بن أبی حمزه:متی یطلق الغائب؟قال:حدثنی إسحاق بن عمار عن أبی عبد الله أو أبی الحسن علیهما السلام قال:

إذا مضی له شهر».

و ما رواه

الشیخ (۲)فی الصحیح عن جمیل بن دراج عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« الرجل إذا خرج من منزله إلی السفر فلیس له أن یطلق حتی تمضی ثلاثه أشهر».

و ما رواه

فی الفقیه و التهذیب (۳)عن إسحاق بن عمار فی الموثق قال:

«قلت لأبی إبراهیم علیه السلام:الغائب الذی یطلق کم غیبته؟قال:خمسه أشهر أو سته أشهر، قلت:حد دون ذا؟قال:ثلاثه أشهر».

و ما رواه

فی الکافی (۴)عن بکیر فی الحسن قال:

«أشهد علی أبی جعفر علیه السلام أنی سمعته أنه یقول:الغائب یطلق بالأهله و الشهور».

و جمع الشیخ بین هذه الأخبار المختلفه فی مده التربص بحملها علی اختلاف عادات النساء فی الحیض،و علم الزوج بحال زوجته فی ذلک فقال:فمن یعلم من حال زوجته أنها تحیض فی کل شهر یجوز له أن یطلقها بعد انقضاء الشهر، و من یعلم أنها لا تحیض إلا فی کل ثلاثه أشهر لم یجز له أن یطلقها إلا بعد انقضاء ثلاثه أشهر،و کذلک من تحیض فی کل سته أشهر،و حینئذ فالمراعی فی جواز ذلک مضی حیضه و انتقالها إلی طهر لم یقربها فیه بجماع.و اقتفاه

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۸۱ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۸ ب ۲۶ ح ۵.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۶۲ ح ۱۲۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۸ ب ۲۶ ح ۷.
۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۳۲۵ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۶۲ ح ۱۲۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۸ ب ۲۶ ح ۸ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۷۹ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۶۳ ح ۱۲۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۷ ب ۲۶ ح ۲.

فی هذا أکثر المتأخرین.

قال المحقق الشیخ علی-رحمه الله علیه-:و هو الذی یقتضیه النظر الصحیح و الوقوف مع القوانین الأصولیه،لأن الأخبار الداله علی وجوب التربص مده لیصح الطلاق لا یجوز إجراؤها علی ظاهرها من الاختلاف و التنافی،و لا إطراح بعضها،فلم یبق إلا الجمع بینها بالحمل علی أن المراد مراعاه زمان یعلم الزوج الغائب حصول الحیض بعد طهر الجماع،و الانتقال عنه إلی الطهر،و أن الاختلاف ینزل علی اختلاف عاده النساء فی حصول الحیض باعتبار شهر أو ثلاثه أشهر أو خمسه أو سته،فقد اشترکت أخبار التربص فی أن الانتقال من طهر إلی طهر آخر شرط فی صحه الطلاق من الغائب و لو ظنا مستفادا من عاده المرأه إن کانت معلومه،و إلا فمن غالب عادات النساء.و دلت روایه أبی بصیر (۱)علی أنه لو طلقها و علم یوم طلقها أنها کانت طامثا یجوز الطلاق.و لا ریب أن ما اشترکت فیه هذه الأخبار مخصوص لعموم الخبرین الدالین علی جواز تطلیق زوجه الغائب علی کل حال،انتهی کلامه.

أقول:لا ریب أن تلک الأخبار المطلقه التی دلت علی مذهب الشیخ المفید و من تبعه من أولئک الفضلاء داله علی جواز الطلاق علی کل حال،و الأخبار الداله علی التربص بالنظر إلی القاعده الأصولیه یجب أن تکون مخصصه لها،لکن الإشکال فی هذه الأخبار الداله علی التربص من حیث اختلافها،فإن التخصیص بها یتوقف علی جمعها علی وجه یرفع الاختلاف بینها.و الجمع بینها بما ذکروه من اختلاف عادات النساء بناء علی الغائب بعید جدا،فإنه و إن قرب فی روایه الشهر إلا أنه بعید فی روایه الثلاثه الأشهر،و أبعد منه فی روایه الخمسه و السته الأشهر، فإن الغالب فی هذا المقدار ممنوعه أشد المنع،بل هو مخالف للغالب،علی أن تلک الأخبار لیس فیها سؤال عن واقعه مخصوصه حتی تنزیلها علی کون المرأه

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۶۲ ح ۱۲۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۸ ب ۲۶ ح ۶.

معتاده بتلك العاده،و إنما وقع السؤال فی کل خبر منها عن مطلق النساء و مطلق الغائب،فکأنه بمنزله القاعده الکلیه (۱)و الضابطه الجلیه لا اختصاص له بفرد دون فرد.

و بالجمله فإن تخصیص إطلاق تلک الأخبار بأخبار التربص مع اختلافها غیر تام،فلا بد من جمعها علی وجه تلتئم به،و هذا الوجه الذی ذکروه قد عرفت ما فیه.

نعم یتجه عند من یعمل بهذا الاصطلاح المحدث ترجیح روایات الثلاثه الأشهر لصحه بعضها،فیخصص بها هذا الإطلاق،و لهذا قال السید-فی شرح النافع حیث إنه من أرباب هذا الاصطلاح-ما لفظه:و الذی یقتضیه الجمع بین الأخبار الصحیحه بعد طرح غیرها اعتبار الثلاثه الأشهر حملا لما أطلق فیه من الأخبار جواز طلاق الغائب علی هذا المقید،و یعضده أن الغالب من حال الغائب و زوجته أن یکون حالها مجهول عنده فتکون کالمسترابه التی یجب التربص بها ثلاثه أشهر و مع ذلک فما ذهب إلیه شیخنا المفید-قدس سره-و من تبعه من عدم اعتبار التربص غیر بعید عن الصواب حملا لما تضمن ذلک علی الأفضلیه،إذ من المستبعد جدا إطلاق صحه طلاق الغائب علی کل حال فی الأخبار الصحیحه الوارده فی مقام البیان مع أنها مشروطه بأمر آخر غیر مذکور،و فی موثقه إسحاق بن عمار إشعار بذلک أیضا،و المسأله محل تردد،و لا ریب أن اعتبار الثلاثه أشهر کما تضمنته صحیحه جمیل بن دراج أولی و أحوط،انتهی.

أقول:و مرجع کلامه هنا فی توجیه کلام الشیخ المفید إلی وجه آخر فی الجمع بین المطلق و المقید،و هو العمل بالمطلق علی إطلاقه،و حمل المقید علی

۱- ۱) و ذلک فان اللام فیها لام التحلیه،و هو للعموم فی المقامات الخطابیه،کقولهم «إذا بلغ الماء قدر کر لم ینجسه شیء»و هکذا فی الإضافه أیضا،و حینئذ فیکون ذلک بمنزله القاعده الکلیه کما ذکروه فی حدیث إذا بلغ الماء کرا.(منه-قدس سره-).

الاستحباب،المنع فی کلامهم إنما هو من الحمل علی القاعده الأصولیه من حمل المطلق علی المقید،و بعض الأخبار یشیر إلیه و یعضده،و ما ذکره من الاستبعاد غیر جید،فإن نظیره فی الأحکام غیر عزیز بل شائع کثیر،و ما ذهب إلیه الشیخ فی الاستبصار و من تبعه ممن تقدم ذکره جید،إلا أن الکلام فی تطبیق أخبار التربص علیه،فإن فیه ما عرفته من أن مبنی کلامه إلی أن اختلاف الأخبار مبنی علی اختلاف عادات النساء،فمن کانت عادتها فی الشهر مره لا یجوز طلاقها إلا بعد شهر،و من کانت فی کل ثلاثه أشهر فلا یجوز إلا بعد الثلاثه،و هکذا و قد تقدم ما فیه.

و بالجمله فالمسأله محل إشکال،و لا یحضرنی الآن مذهب العامه فی المسأله فلعل أخبار التربص إنما خرجت مخرج التقیه،أو اختلافها إنما کان من حیث ذلک.

[مسائل]

اشاره

بقی فی المقام مسائل

الاولی [فی ما یتفرع علی القول بوجوب التربص]

اشاره

إذا قلنا بوجوب التربص مده فطلق الغائب زوجته،فلا یخلو إما أن یطلق بعد مضی المده المعتبره أو قبلها،و علی کل من التقدیرین المذکورین إما أن یوافق فعله کونها جامعه لشرائطه فی الواقع،بأن تکون قد حاضت بعد طهر المواقعه فوقع الطلاق حال الطهر،أو لا یوافق،بأن تبین وقوعه فی طهر المواقعه أو حاله الحیض أو یستمر الاشتباه،و حینئذ فهنا صور:

الاولی:أن یطلقها بعد المده المعتبره ثم تظهر الموافقه

بأن کانت قد انتقلت من طهر المواقعه إلی طهر آخر،و أن الطلاق وقع حال الطهر،و لا إشکال هنا فی صحه الطلاق إجماعا لاجتماع شرائطه المعتبره فی صحته ظاهرا و فی نفس الأمر.

الثانیه:الصوره بحالها،و لکن ظهر بعد ذلک کونها حائضا حال الطلاق

،و لا إشکال هنا أیضا فی صحه الطلاق لأن المعتبر فی صحه طلاق الغائب مراعاه المده

المعتبره،و هو حاصل هنا،و ظهور الحيض هنا غير مانع لعدم العلم به حال الطلاق، و ظهوره بعد ذلك مستثنى بالنص و الفتوى كما تقدمت به الأخبار و منها روايه أبى بصير (۱)المصرحه بكونه قد طلق امرأته و هو غائب ثم علم بعد ذلك أنها يوم طلقها كانت طامثا فأجاز عليه السلام الطلاق.و بالجمله فإن الصحه فى هذه الصوره مجمع عليها نصا و فتوى.

الثالثه:الصوره الأولى بحالها،لكن ظهر بعد ذلك كونها باقيه فى طهر المواقعه

لم تنتقل منه إلى حيض و لا طهر آخر.

قال فى المسالك:و هو صحيح أيضا لعين ما ذكر فى سابق هذه الصوره، و هو وقوعه على الوجه المعتبر شرعا و لأن الطلاق إذا حكم بصحته فى حاله الحيض بالنص و الإجماع فلأن يحكم بصحته فى حال الطهر أولى،لما قد عرفت من أن شرط الطلاق فى غير الغائب أمران:وقوعه فى طهر،و كون الطهر غير طهر المواقعه،فإذا اتفق وقوعه فى حاله الحيض تخلف الشرطان لعدم طهر آخر غير طهر المواقعه و عدم الخلو من الحيض،و إذا اتفق وقوعه فى حاله الطهر فالمتخلف شرط واحد،و هو كون الطهر غير طهر المواقعه،فإذا كان تخلف الشرطين فى الغائب غير مانع فتخلف أحدهما أولى بعدم المنع،انتهى.

و عورض بأن شرط الطلاق من غير الغائب أمران:الانتقال من طهر المواقعه، و وقوع الطلاق فى الطهر،فإذا اتفق وقوعه فى حال الحيض تخلف الثانى،و إذا اتفق فى طهر المواقعه تخلف الأول:فلا تتم الأولويه المذكوره.

و استظهر المحقق الشيخ على-رحمه الله-عدم الوقوع لانتفاء شرط الصحه، و هو استبراء الرحم خرج منه حال الحيض،فيبقى الباقى،و نمنع من وجود الشرط فإن الاذن فى الطلاق استنادا إلى الظن لا يقتضى الحكم بالصحه إذا ظهر بطلان الظن.

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۶۲ ح ۱۲۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۸ ب ۲۶ ح ۶.

و أجيب عنه بأن الشرط المعتبر فى طلاق الغائب ليس إلا مراعاه المده المعتبره و هو حاصل كما هو المفروض،و صحه الطلاق لو ظهر وقوعه حال الحيض المستفاده من روايه أبى بصير و غيرها،و عمل الأصحاب مبنيه عليه،و حينئذ فلا يقدح ظهور بطلان الظن و لا يؤثر فيما حكم بصحته كما ظنه-رحمه الله.

و بالجمله فإن الشرط المعتبر حاصل كما هو التقدير،و المانع و هو ظهور الخطأ لا يصلح للمانعيه،كيف و قد تخلف فيما هو أولى بالحكم أو مساو فى المنع.

و الفصل بين الحالين-مع تخلف الشرط فيهما،و القول بصحه أحدهما دون الآخر تعلقا بفقد الشرط لظهور بطلان الظن-تحكم محض.

و أما حديث كون الحكمه-فى انتظار المده المقرره-هو استبراء الرحم، فحديث شعرى،و العله المذكوره مستنبطه محضه لا منصوصه،فلا يلزم اطرادها.

و إنما المنصوص فيما وصل إلينا من الأخبار اعتبار انقضاء المده و استنبط منها الاكتفاء بظن الانتقال من طهر إلى آخر،و كلاهما متحقق.

أقول:لا ريب أنه بالنظر إلى ظاهر أخبار المسأله مطلقها و مقيدها يظهر قوه القول الأول،لأن المطلق منها قد دل على أن الغائب يطلق زوجته على كل حال،و هذه الحال المفروضه التى هى محل البحث داخله فى العموم بلا ريب، و المقيد بالتربص دل على أنه يتربص بها المده المعتبره و بعدها يجوز له طلاقها، و لا استفصال فيها بين ظهور كونها وقت الطلاق حائضا أو فى طهر المواقعه أو غير ذلك،و عدم الاستفصال دليل العموم فى المقال.

الرابعه:أن يطلقها مراعيا للمده المعتبره،و يستمر الاشتباه

فلا يعلم كونها حال الطلاق ذات حيض أم لا،فى طهر المواقعه أم لا،و الطلاق هنا صحيح قولا واحدا كما ذكره فى المسالك،و وجهه وجود المقتضى،و هو مضى المده المعتبره، لأن شرط صحه طلاق الغائب مراعاه مضى المده المعتبره مع عدم العلم بكونها وقت الطلاق حائضا أو باقيه فى طهر المواقعه،و هو حاصل كما هو المفروض،و عدم

المانع،إذ ليس إلا الاشتباه،و هو غير صالح للمانعيه،فإنه مع الظهور كما تقدم لا يبطل الطلاق،فبطريق الأولى مع الاشتباه.

الخامسه:أن يطلقها قبل مضى المده المعتبره إلا أنه ظهر بعد الطلاق وقوعه فى طهر لم يقربها فيه

،قالوا:و فى صحه الطلاق وجهان:من حصول شرط الصحه فى نفس الأمر و ظهور ذلك،و من عدم وجود الشرط المعتبر فى صحه الطلاق حال إيقاعه.

و رجح الأول فى المسالك بأنه يمكن أن يجعل ظهور اجتماع الشرائط بعد ذلك كاشفا عن صحته،خصوصا مع جهله ببطلان الطلاق من دون مراعاه الشرط،لقصده حينئذ إلى طلاق صحيح،ثم ظهر اجتماع شرائطه،ثم قال:فالأظهر الصحه.

و اعترضه سبطه فى شرح النافع بأنه مشكل لإطلاق النص الدال على اعتبار المده فى الغائب و لم تحصل هنا،و هو جيد.

السادسه:الصوره بحالها إلا أنه تبين عدم الانتقال من طهر المواقعه

أو كونها حائضا أو استمر الاشتباه،و الظاهر أنه لا إشكال فى بطلان الطلاق لعدم حصول الشرط،و هو مضى المده المعتبره،و أكده ظهور كون الطلاق فى طهر المواقعه أو حال الحيض أو استمرار الاشتباه،فالإشكال فى الأول باحتمال الصحه إنما نشأ من انكشاف الحال بما يقتضى الصحه،و الأمر هنا بالعكس.

المسأله الثانيه:لو تربص بها المده المعتبره و أخبره من يعتد بقوله شرعا أنها حائض

بسبب تغيير عادتها،و كذا لو أخبره ببقائها فى طهر المواقعه،أو بكونها حائضا حيضا آخر بعد الطهر،فطلقها و الحاله هذه،فهل يصح أم لا؟إشكال،و جزم المحقق الشيخ على و شيخنا الشهيد الثانى بالعدم.

احتج المحقق المذكور بأن ظاهر الأخبار يقتضى العلم بطهرها وقت الطلاق أو ظنه،و لعموم الدلائل الداله على المنع من طلاق الحائض،خرج ما دل عليه

ص:١٩٢

أخبار الخمس (۱)اللاتی يطلقن علی کل حال،و منها زوجه الغائب بعد التربص إذا ظهر کونها حائضا عند الطلاق.لروايه أبی بصير (۲)فيبقی الباقی علی أصله،انتهی.

و قيل:بأن فيه وجها آخر بالصحه لحصول الشرط،و هو انقضاء المده المعتبره،و لا يخلو من قوه،لما عرفت من أن المستفاد من النصوص إنما هو التربص المقدار المذکوره و ظن الانتقال من طهر إلی آخر إنما استفيد استنباطا کما اعترف به فی المسالک،و ما ذکره المحقق المزبور من أن ظاهر الأخبار يقتضی العلم بطهرها وقت الطلاق،أو ظنه إنما يسلم له بالنسبه إلی أخبار الحاضر،و هو غير محل البحث،و إلا فأخبار طلاق الغائب لا إشعار فيها بما ذکره إن لم يکن فيما إشعار بخلافه و مع تسليم عموم الدلائل الداله علی المنع من طلاق الحائض يجب تخصيصه بما دل علی صحه طلاق الغائب إما مطلقا أو بعد مده التربص مطلقا و إن ظهر کونها حائضا.

و التحقيق أن هنا عمومين قد تعارضا(أحدهما)عموم المنع من طلاق الحائض الشامل لطلاق الغائب و غيره(و ثانيهما)عموم جواز طلاق الغائب علی کل حال مطلقا أو بعد المده المعتبره الشامل حالی ظن الحيض و عدمه،و تخصيص أحدهما بالآخر يحتاج إلی مخصص من خارج،و منه يظهر بقاء المسأله فی قالب الاشکال و إن کان مقتضی الاحتياط سيما فی الفروج تخصيص العموم الثانی بالأول

المسأله الثالثه [هل يصح طلاقها من غير تربص لو خرج فی طهر لم يقربها فيه؟]

ظاهر الأصحاب أنه لو خرج فی طهر لم يقربها فيه فإنه يصح طلاقها من غير تربص و إن اتفق فی الحيض،و به صرح الشيخ فی النهايه فيما قدمنا من عبارته،و نحوها عباره ابن البراج.

و قال فی المسالک:لو کان خروج الزوج فی طهر آخر غير طهر المواقعه

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۷۹ ح ۱ و ۲ و ۳،الفقيه ج ۳ ص ۳۳۴ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۵ و ۳۰۶ ب ۲۵ ح ۱ و ۳.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۶۲ ح ۱۲۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۸ ب ۲۶ ح ۶.

یصح طلاقها من غیر تربص ما لم یعلم کونها حائضا،و لا یشترط هنا العلم أو الظن بعدم الحیض لأن شرط الصحه هنا موجود،و هو استبراؤها بالانتقال من طهر إلی آخر،و إنما الحیض بعد ذلک مانع من صحه الطلاق،و لا یشترط فی الحکم بصحه الفعل العلم بانتفاء موانعه،بل یکفی عدم العلم بوجودها.

و ظاهر سبطه السید السند فی شرح النافع التوقف و الاستشکال فی هذا المقام،حیث إنه بعد نسبه أصل الحکم المذکور إلی الشیخ فی النهایه و جماعه قال:و هو مشکل،لإطلاق ما تضمن اعتبار مضی المده فی الغائب،فإنه یتناول بإطلاقه من خرج فی طهر المواقعه و غیره،و لأن ما تضمن بطلان طلاق الحائض متناول لهذه الصور کما یتناول غیرها،فیتوقف الحکم بالصحه فی هذه الصوره علی وجود دلیل علیه.نعم لو قیل:بأن من هذا شأنه یصح طلاقه من غیر تربص إذا اتفق وقوع الطلاق فی الطهر کان متجها،لأن الحاضر یقع طلاقه علی هذا الوجه،فالغائب أولی،لأنه أخف حکما منه،انتهی و هو جید.

و یزیده إیضاحا و بیانا أنه لا ریب فی صحه هذا القول بناء علی مذهب الشیخ المفید و من تبعه من أولئک الأفاضل من صحه الطلاق مع عدم التربص،إنما الإشکال بناء علی وجوب التربص،فإن فیه:

(أولا)أن ظاهر أخبار التربص هو وجوب ذلک أعم من هذه الصوره المفروضه و غیرها،و تخصیصها یحتاج إلی دلیل.

(و ثانیا)أنه کما أن من شروط صحه الطلاق العلم بانتقال المرأه من طهر المواقعه إلی طهر آخر کذلک من شروطه العلم بکونها غیر حائض وقت الطلاق کما قدمنا بیانه-و دلاله الأخبار علیه-فی الشرط الخامس.

و غایه ما یفهم من الأخبار بالنسبه إلی الفرق بین الحاضر و الغائب هو أن الغائب یصح طلاقه بعد التربص للمده المعتبره،و إن اتفق کون الطلاق فی طهر المواقعه أو اتفق کونها حائضا وقت الطلاق.و أما الحاضر فلا بد من تقدم العلم

بعدم الأمرين المذكورين،و حينئذ فالحكم بصحه الطلاق مع الغيبه و عدم التربص بل بمجرد العلم بكونها فى غير طهر المواقعه،و إن كان حائضا يحتاج إلى دليل لكونه على خلاف ما يظهر من أدله وجوب التربص،فيبقى على الأصل من اشتراط العلم بعدم الحيض الذى قامت الأدله على أنه شرط فى صحه الطلاق.

قوله-رحمه الله-:و لا يشترط هنا العلم أو الظن بعدم الحيض لأن شرط الصحه هنا موجود،و هو استبراؤها بالانتقال من طهر إلى آخر مردود بأنه كما أن من الشروط الانتقال من طهر إلى آخر كذلك منها العلم بكونها طاهرا وقت الطلاق كما عرفت،و غايه ما دل عليه الدليل سقوط هذين الشرطين فى الغائب مع التربص لا مع عدمه،و بالجمله فالأظهر عندى ما ذكره السيد السند المذكور-رحمه الله.

المسأله الرابعه [فى ما لو كان حاضرا و لا يمكنه استعلام حالها]

لو كان حاضرا لكن لا يمكنه الوصول إلى الزوجه و استعلام حالها لحبس و نحوه،فهو بمنزله الغائب فيما عرفت من حكمه و الأقوال فيه، كما أنه لو كان غائبا و لكن يمكنه استعلام أحوالها لورود الأخبار عليه ممن يعتقد صدقه،و يركن فى صحه الأخبار إليه،فإنه يكون فى حكم الحاضر.

و الذى يدل على الحكم الأول من الأخبار ما رواه

فى الكافى و الفقيه (1)فى الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل تزوج امرأه سرا من أهلها و هى فى منزل أهلها،و قد أراد أن يطلقها و ليس يصل إليها ليعلم طمثها إذا طمثت و لا يعلم بطهرها إذا طهرت،قال:فقال:هذا مثل الغائب عن أهله،يطلقها بالأهله و الشهور،قلت:أ رأيت إن كان يصل إليها الأخبار الأحيان و الأحيان لا يصل إليها فيعلم حالها،كيف يطلقها؟فقال،إذا مضى له شهر لا يصل إليها فيه فيطلقها إذا نظر إلى غره الشهر الآخر بشهود،و يكتب الشهر الذى يطلقها فيه و يشهد على طلاقها رجلين،فإذا مضى ثلاثه أشهر

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۸۶ ح ۱،الفقيه ج ۳ ص ۳۳۳ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱۰ ب ۲۸ ح ۱.

فقد بانت منه و هو خاطب من الخطاب،و عليه نفقتها فی تلک الثلاثه الأشهر التی تقعد فیها».

و أنت خبیر بأن قوله علیه السلام أولا«یطلقها بالأهله و الشهور»أی بالأهله مع معلومیتها،أو العدد مع عدم المعلومیه المؤذن بتعدد الشهور لا یخلو من مدافعه لقوله ثانیا«إذا مضی له شهر لا یصل إلیها فیطلقها»المؤذن بکون مده التربص شهرا خاصه،إلا أن یحمل علی أن أقل ذلک شهر و أکثره ثلاثه أشهر،فتحمل الثلاثه علی الاستحباب.

و الظاهر أنه إلی ذلک یشیر کلام الشیخ فی النهایه حیث قال:و متی کان للرجل زوجه معه فی البیت غیر أنه لا یصل إلیها فهو بمنزله الغائب عن زوجته،فإذا أراد طلاقها فلیصبر إلی أن یمضی ما بین شهر إلی ثلاثه أشهر ثم یطلقها إن شاء.

و القول بهذا الحکم و الاستدلال علیه بالخبر المذکور مما جری علیه من تأخر عن الشیخ،إلا ابن إدریس فإنه اعترضه فی ذلک،فقال:الذی یقتضی أصول مذهبنا و إجماعنا منعقد علیه أنه لا یجوز للحاضر أن یطلق زوجته المدخول بها و هی حائض بغیر خلاف،و حمل الحاضره فی البلد علی تلک قیاس، و هو باطل عندنا،و الأصل الزوجیه،فمن أوقع الطلاق یحتاج إلی دلیل قاهر، و ما ذکره شیخنا خبر واحد أورده إیرادا لا اعتقادا کما أورد أمثاله مما لا یعول علیه و لا یعرج علیه،و لو لا إجماعنا علی طلاق الغائب و إن کانت زوجته حائضا لما صح،فلا نتعداه و لا نتخطاه،انتهی.

و رده العلامه فی المختلف فقال:و المعتمد قول الشیخ،لنا أن المقتضی معلوم الثبوت و المعارض لا یظن ثبوته،بل یظن عدمه فیثبت الحکم،أما وجود المقتضی فلأن لفظ الطلاق موضوع شرعا للبینونه و سبب تام فیها و قد وجد،و أما انتفاء المعارض فلأنه لیس إلا الحیض و هو غیر معلوم الثبوت بل مظنون العدم،

ص :۱۹۶

إذ التقـدير ذلـك،و أما ثبوت الحكم عنـد ذلك فهو ظاهر لأن المقتضـى لجواز تطليق الغائب-و هو خفاء حالها عنه مع غلبه ظنه بالانتقـال من طهر المواقعه إلى غيره- موجود هنـا و بثبوت العلم يلزم ثبوت الحكم و لا يرجع ذلك إلى القياس بل إلى وجود ما جعله الشـارع عله،و مـا رواه الشـيخ فى الصـحيح-ثم سـاق الخبر كمـا قـدمناه ثم قـال:-و هـذا نص فى البـاب،و إذا وافق المعلوم المعقول الحديث الصحيح المنقول و اشتهر بين الجماعه العمل به كان معينا،انتهى و هو جيد.

أقول:و نظير الخبر المذكور ما رواه

فى الكافى (۱)عن الحسن بن على بن كيسان قال:

«كتبت إلى الرجـل عليه السـلام أسـأله عن رجـل له امرأه من نسـاء هؤلاـء العامه و أراد أن يطلقها و قـد كتمت حيضـها و طهرها مخافه الطلاق،فكتب عليه السلام:

يعتزلها ثلاثه أشهر و يطلقها».

و هـذا الخبر مع كون مورده مورد الأول تضـمن التربص بثلاثه أشـهر، و الظاهر حمله على ما قـدمناه من اسـتحباب الثلاثه،و أنها أكثر مده التربص،و أما الحمل على أن عادتها فى كل ثلاثه أشهر فبعيد جدا.

الركن الثالث:الصيغه:

اشاره

ينبغى أن يعلم هنا و إن تقدمت الإشاره إليه أن النكاح لما كان عصـمه مسـتفاده من الشرع وقف زواله على رافع شرعى،و بسبب مـن جـانب الشـارع يـوجب رفع ذلـك،و قـد اتفـق النص و الفتـوى على الصـحه بلفـظ الطلاـق بإضـافته إلى لفـظ يـدل على التعيين،كقوله أنت أو فلانه أو هذه أو نحو ذلك، و ما عدا ذلك فيجب نفيه إلى أن يثبت دليل على صحه الوقوع به.

و الذى وقفت عليه من الأخبار فى هذا المقام ما رواه

الصدوق فى الفقيه (۲)فى الصحيح عن حماد بن عثمان عن الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۹۷ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱۱ ب ۲۸ ح ۲.

۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۳۵۶ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۹۲ ب ۱۵ ح ۱.

قال لامرأته:أنت منی خلیه أو بریه أو بته أو بائن أو حرام،فقال:لیس بشیء».

و العجب من صاحبی الوافی و الوسائل أنهما لم ینقلا هـذه الروایه فی جمله روایات المسأله المـذکوره،و هـذا المکان هو محلها اللائق بها.

و روی فی الکافی (۱)فی الصحیح أو الحسن عن محمد بن مسلم

«أنه سأل أبا جعفر علیه السـلام عن رجل قال لامرأته:أنت علی حرام أو بائنه أو بته أو بریه أو خلیه،قال:هذا کله لیس بشـیء،إنما الطلاق أن یقول لها فی قبل العـده بعـد ما تطهر من حیضـها قبل أن یجامعها:أنت طالق أو اعتـدی،یریـد بذلک الطلاق، و یشـهد علی ذلک رجلین عدلین».

و نقل العلامه فی المختلف عن البزنطی قال:

«روی أحمـد بن محمـد بن أبی نصـر فی کتاب الجامع عن محمـد بن سـماعه عن محمد بن مسـلم (۲)عن الباقر علیه السلام«فی رجل قال لامرأته:أنت حرام أو بائنه أو بته أو بریه أو خلیه،فقال:هـذا لیس بشـیء إنما الطلاق أن یقول لها من قبل عـدتها قبل أن یجامعها:أنت طالق،و یشهد علی ذلک رجلین عدلین». و هذه الروایه خالیه من الزیاده التی فی سابقتها و هی قوله:

اعتدی یرید بذلک الطلاق.

و ما رواه

فی الکافی (۳)عن الحلبی فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«الطلاق أن یقول لها:اعتدی أو یقول:أنت طالق».

و عن محمد بن قیس (۴)فی الصحیح أو الحسن عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«الطلاق

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۶۹ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۰۸ ح ۲۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۹۵ ب ۱۶ ح ۳.

۲- ۲) المختلف ص ۵۸۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۹۵ ب ۱۶ ح ۳.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۶۹ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۳۷ ح ۲۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۹۵ ب ۱۶ ح ۴.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۷۰ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۹۶ ب ۱۶ ح ۵.

للعده أن يطلق الرجل امرأته عند كل طهر،و يرسل إليها أن اعتدى فإن فلانا قد طلقك،قال:هو أملك برجعتها ما لم تنقض عدتها».

و عن عبد الله بن سنان (۱)فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«يرسل إليها فيقول الرسول:اعتدى فإن فلانا قد فارقك.قال ابن سماعه:و إنما معنى قول الرسول اعتدى فإن فلانا قد فارقك-يعنى الطلاق-إنه لا يكون فرقه إلا بطلاق».

قال فى الكافى بعد هذا الخبر:حميد بن زياد عن ابن سماعه عن على بن الحسن الطاطرى قال:الذى أجمع عليه فى الطلاق أن يقول:أنت طالق أو اعتدى،و ذكر أنه قال لمحمد بن أبى حمزه:كيف يشهد على قوله:اعتدى؟قال:يقول:اشهدوا اعتدى،قال ابن سماعه:غلط محمد بن أبى حمزه أن يقول:اشهدوا اعتدى،قال الحسن بن سماعه:ينبغى أن يجىء بالشهود إلى حجلتها أو يذهب بها إلى الشهود إلى منازلهم،و هذا المحال الذى لا يكون،و لم يوجب الله عز و جل هذا على العباد،فقال الحسن:ليس الطلاق إلا كما روى بكير بن أعين أن يقول لها و هى طاهر من غير جماع:أنت طالق،و يشهد شاهدين عدلين،و كل ما سوى ذلك فهو ملغى»انتهى،و مقتضاه عدم وقوع الطلاق حتى من هذه الماده إلا بهذا اللفظ بخصوصه فلا يصح بلفظ أنت طالق أو من المطلقات أو أنت مطلقه على خلاف فى هذه اللفظه يأتى إن شاء الله ذكره،و هو جيد.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن تحقيق الكلام هنا يقع فى مواضع:

أحدها [فى انحصار صيغه الطلاق فى لفظ الطلاق]

اشاره

المشهور بين الأصحاب انحصار صيغه الطلاق فى لفظ الطلاق بالتقريب المذكور آنفا،و ذهب ابن الجنيد إلى وقوعه أيضا بلفظ اعتدى قال:الطلاق لا يقع إلا بلفظ الطلاق أو قوله اعتدى،و أما ما عدا ذلك فلا يقع به،و احتجوا له بروايتى

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۷۰ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۹۵ ب ۱۶ ح ۲.

محمـد بن مسـلم و الحلبى الصـحيحتين أو الحسـنتين،و حملهما الشـيخ فى كتابى الأخبار على أن لفظ اعتدى إنما يعتبر إذا تقدم قول الرجل أنت طالق ثم يقول اعتدى قال:لأن قوله لها اعتدى ليس له معنى لأن لها أن تقول:من أى شىء أعتد؟ فلا بد أن يقول اعتـدى لأـنى طلقتـک،فالاعتبـار إذا بلفـظ الطلاق لا بهـذا القول إلا أنه يكون هـذا القول كالكاشف عن أنه لزمها حكم الطلاق الموجب لها ذلک.

و اعترضه الشهيد الثانى فى المسالک و سبطه فى شرح النافع حيث إنهما ممن يدور مدار صحه الأسانيد بناء على هذا الاصطلاح المحـدث،فمالا إلى قول ابن الجنيد لهذين الخبرين من حيث اعتبار سـنديهما،فأجابا عن كلام الشـيخ بما ملخصه:أنه لا يخفى ما فيه من البعـد و شـده المخـالفه للظـاهر،لأنه عليه السـلام جعل قوله اعتـدى معطوفا على قوله أنت طالق ب«أو»المفيـده للتخير فى إحـدى الروايتين و معطوفا عليه فى الروايه الأخرى،فكيف ينحصـر وقوعه بأحد اللفظين الذى خير بينه و بين اللفظ الآخر و قوله-رحمه الله-«أنه لاـ معنى لقوله اعتـدى» غير جيـد لأـنه إذا نوى به الطلاـق و حكم الشارع بحصول البينونه به يصـير فى معنى أنت طالق،فإذا قالت من أى شـىء أعتـد؟يقول:من هذا الطلاق الواقع بهذا اللفظ،غايه الأمر أنها لم تفهم ذلک من قوله اعتدى،فسألت عنه،و ذلک لا يوجب أن لا يكون له معنى،و لا يمكن الجواب عن هاتين الروايتين بالحمل على التقيه لأن فى إحدى الخبرين ما ينـافى ذلـک،و هو أنه لاـ يقع الطلاـق بقوله أنت حرام أو بـائنه أو بريه أو خليه،فـإن الطلاق عنـد المخالفين يقع بجميع ذلک مع النيه،انتهى.

أقول:لا ريب أن ظاهر الروايتين المذكورتين هو الدلاله على مذهب ابن الجنيد،و مقتضـى العمل بهذا الاصطلاح المحدث القول بما دل عليه هـذان الخبران لأنهما أصـح أخبار المسأله،و لكن الأصـحاب قـديما و حـديثا قـد اعترضوا عنهما، و لم يقل بهما من المتقـدمين إلا ابن الجنيد الذى قد علم من تتبع أحواله و أقواله الميل إلى مذهب المخالفين و العمل بأخبارهم و الاسـتناد إليها و الاستدلال بها،

بل بالقياس الذی منعته الشریعه،و لم یقل به من المتأخرین إلا هذان الفاضلان کما عرفت،و إلا فغیرهما من المحقق و العلامه و غیرهما کلهم علی القول المشهور.

و کیف کان فإن التحقیق فی المقام بناء علی ما هو المختار عندنا من العمل جمیع الأخبار،و هو رد هذه الأخبار المتقدمه بعضها إلی بعض،و حمل مطلقها علی مقیدها،و مجملها علی مفصلها،و ارتکاب التأویل فی الروایتین المذکورتین بقرینه ما دلت علیه الروایات الأخر،و أن قوله علیه السلام فی صحیحه محمد بن قیس أو حسنته«یرسل إلیها اعتدی،فإن فلانا قد طلقک»ظاهر فی أن هذه الرساله إخبار عن طلاق سابق،و أمر لها بالاعتداد منه،لا أن«أعتدی»هی صیغه الطلاق و هو بحمد الله سبحانه ظاهر لا ستره علیه،و حاصل معنی الخبر أن یطلق الرجل امرأته عند کل طهر ثم یرسل إلیها.إلخ.و نحوه روایه عبد الله بن سنان، و قوله علیه السلام«یرسل إلیها فیقول الرسول اعتدی فإن فلانا قد فارقک»و الروایه الأولی منهما صحتها أو حسنتها-إنما هو بإبراهیم بن هاشم الذی فی سند ذینک الخبرین، و اعتبارهما إنما هو به،فیجب علیهم قبولها لذلک.و تعضدها روایه البزنطی، و دلالتها علی الحصر فی قوله«أنت طالق»و هی صریحه فی المدعی.و حینئذ فیجب حمل إطلاق خبری الحلبی و محمد بن مسلم فیما دلا علیه من أن«أعتدی»صیغه الطلاق علی هذین الخبرین من تقدم الطلاق،و أن قوله«اعتدی»إنما هو إخبار عن تقدم طلاق،و أمر لها بالاعتداد منه حسبما ذکره الشیخ-رحمه الله علیه- و ظاهر کلام الکلینی المتقدم نقله وقوع الخلاف بین أصحاب الأئمه علیهم السلام یومئذ،فمذهب محمد بن أبی حمزه القول بأن«اعتدی»من صیغ الطلاق، و مذهب الحسن بن سماعه الذی رواه عن بکیر بن أعین هو أن الصیغه إنما هی«أنت طالق»،و فی المسالک ذکر أنه عبد الله بن بکیر بن أعین و طعن فیه، و الذی فی الکافی إنما هو بکیر الممدوح المعدود حدیثه فی الحسن،و ما ذکره من

بعد الحمل علی التقیه إنما یتم له فی روایه محمد بن مسلم،لاشتمالها علی تلک الألفاظ دون روایه الحلبی،فیمکن حملها علی التقیه و لا مانع منه،و لا ینافیه عدم إمکان ذلک فی تلک الروایه لجواز حملها علی التقیه بالمعنی الآخر الذی تقدمت الإشاره إلیه غیر مره،و قد تقدم فی المقدمه الاولی (۱)من المقدمات التی فی أول کتاب الطهاره.

و بالجمله فالظاهر عندی هو القول المشهور و ارتکاب التأویل فی هذین الخبرین جمعا بینهما و بین الأخبار الأخر کما عرفته.

تنبیه [فی ما قاله صاحب المسالک فی وقوع الطلاق بالکنایات]

ظاهر شیخنا الشهید الثانی فی المسالک توسعه الدائره فی المقام بالحکم بالصحه فی جمله من الکنایات الظاهره فی إراده معنی الطلاق تفریعا علی الحکم بالصحه بلفظ اعتدی کما اختاره،و أن ذلک لازم لمن قال بهذا القول.قال-رحمه الله-:نعم یمکن أن یقال:إن حکمه بوقوع الطلاق بقوله اعتدی مع النیه و هو کنایه قطعا یدل علی وقوعه بغیره من الکنایات التی هی أوضح معنی من قوله اعتدی مثل قوله أنت مطلقه أو طلقتک أو من المطلقات أو مسرحه أو سرحتک أو مفارقه أو فارقتک أو من المسرحات أو من المفارقات إلی غیر ذلک من الکنایات التی هی أوضح دلاله علی الطلاق من قوله اعتدی،بل قیل:إن السراح و الفراق و ما اشتق منهما و من الطلاق صریح لا کنایه لورودها فی القرآن مرادا بها الطلاق کقوله تعالی «وَ أُسَرِّحْکُنَّ سَرٰاحاً جَمِیلاً» (۲)«وَ سَرِّحُوهُنَّ سَرٰاحاً جَمِیلاً» (۳)«أَوْ تَسْرِیحٌ بِإِحْسٰانٍ» (۴)«أَوْ فٰارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» (۵)«وَ إِنْ یَتَفَرَّقٰا یُغْنِ اللّٰهُ کُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ» (۶)«فوقوع الطلاق

ص:۲۰۲

۱- ۱) ج ۱ ص ۵-۱۲.

۲- ۲) سوره الأحزاب-آیه ۲۸.

۳- ۳) سوره الأحزاب-آیه ۴۹.

۴- ۴) سوره البقره-آیه ۲۲۹.

۵- ۵) سوره الطلاق-آیه ۲.

۶- ۶) سوره النساء-آیه ۱۳۰.

بقوله اعتدی یدل بمفهوم الموافقه علی وقوعه بجمیع هذه الألفاظ و ما فی معناها، و تبقی الکنایات التی لا تدخل فی مفهوم الموافقه-بل إما مساویه لقوله اعتدی أو أخفی-مردوده لعدم الدلیل.

و منها قوله فی الخبر خلیه و بریه و بته و بتله و نحوها،و حینئذ نکون أعملنا جمیع الأخبار المعتبره مؤیدا بعموم الآیات و الأخبار الداله علی الطلاق من غیر تقیید،و لا یضرنا مفهوم الحصر فی قوله«إنما الطلاق أن یقول:أنت طالق»لوجهین:

(أحدهما)أن الحصر فی الصیغتین بطریق المطابقه،و فی غیرهما بطریق الالتزام فلا منافاه.

(و الثانی)إمکان حمله علی مجرد التأکید بقرینه قوله فی روایه الحلبی «الطلاق أن یقول لها»من غیر أداه الحصر،و لا یرد علی هذا الحصر المبتدأ فی خبره،لأن ذلک غیر مطرد کما حقق فی محله،و قد وقع استعمال«إنما»فی الکلام الفصیح مجردا عن الحصر،و تقدم مثله فی الأخبار،و لو قیل بهذا القول لکان فی غایه القوه،و توهم أنه خلاف الإجماع قد تکلمنا علیه غیر مره،انتهی.

أقول:لا ریب أن ما ذکره من لزوم صحه الطلاق بهذه الکنایات المذکوره لمن قال بصحته بلفظ اعتدی جید،و أما أن ذلک صحیح کما ادعی قوته فهو ممنوع،و ما تکلفه فی منع الحصر فی الأخبار المذکوره بعید جدا،فإن المتأمل فی سیاقها لا یخفی علیه فهم الحصر منها،إذ لا یخفی أن قوله علیه السلام-بعد عد تلک الألفاظ المدعی وقوع الطلاق بها لیس بشیء-الطلاق أن یقول لها کذا و کذا فی حال الطهر قبل المجامعه بشهاده عدلین أظهر ظاهر فی إراده الحصر،و یؤیده ذکر شروط صحه الطلاق الآخر من الشهاده علی الطلاق،و الانتقال من طهر المواقعه،و کونها طاهرا،فإن ذلک کله أدل دلیل علی أن المراد الحصر فی هذا اللفظ مع اجتماع هذه الشروط،و تکلف خلاف ذلک بعید عن سیاق الأخبار

المذكوره كما لا يخفى على المتأمل المنصف.

و أما ورود لفظ السراح و الفراق فى القرآن بمعنى الطلاق فالظاهر فى الجواب عن ذلك أن يقال:لا يخفى أن جل الآيات القرآنيه و جمله الأخبار الوارده فى السنه المطهره إنما اشتملت على التعبير عن هذه الفرقه المخصوصه بلفظ الطلاق،و ظاهرها أن هذا هو اللفظ الحقيقى الموضوع لهذا المعنى،و أن ما عداه من لفظ السراح و الفراق و نحوهما إنما أطلقا مجازا أو كنايه عنه فى مقام المحاوره،فلا يلزم من صحه صيغته بالطلاق صحه صيغته بهما،لأن الصيغه أمر آخر متوقف على التوقيف و السماع من الشارع كما عرفت،و مقتضى ذلك الاكتفاء فى صيغه الطلاق،بكل لفظ من هذه الماده،إلا أنك قد عرفت أنه حيث كان النكاح عصمه شرعيه،فيجب استصحابها إلى أن يثبت المزيل لها شرعا،و الذى علم من الأخبار المتقدمه بالتقريب المتقدم إنما هو لفظ مخصوص من هذه الماده، لا كل لفظ منها،فيجب الوقوف على ما علم كونه مزيلا،و تخصيص ما ذكرنا من العموم بذلك.

و

ثانيها [فى مواضع وقع الخلاف فى وقوع الطلاق بها]

أنه لا يخفى أن ما دلت عليه الأخبار المتقدمه من عدم الاكتفاء بتلك الألفاظ فى صحه الطلاق من قوله«خليه أو بريه»و نحوهما مما لا خلاف بين أصحابنا فيه نوى بهما الطلاق أو لم ينو،و إنما الخلاف هنا من العامه حيث حكموا بوقوع الطلاق بها مع نيته،و الوجه فى ذلك أن أصحابنا يشترطون فى صحه الطلاق صراحه اللفظ الداله عليه،فلا يجوز بالمشترك الدال عليه و على غيره،و الظاهر أن مرادهم باشتراط النيه فيه مع كون القصد إلى الطلاق شرطا فى صحته-و إن كان باللفظ الصريح كما تقدم ذكره-هو أن الكنايه لا يحكم بوقوع الطلاق بها إلا من العلم بإراده الطلاق بخلاف الصريح،فإن الحكم بوقوع الطلاق لا يتوقف على ذلك،و إن كان القصد إلى الطلاق معتبرا فيه أيضا.

و توضيح ذلك ما أفاده شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك حيث قال:و هذه

النيه أمر آخر غير القصد الذى تقدم اعتباره فى الصيغه الصريحه لأن المراد بالنيه هنا قصد إيقاع الطلاق،و هناك قصد لفظه لمعناه.و تحقيق الفرق أنه لما كان المعنى فى اللفظ الصريح متحدا اكتفى بقصد اللفظ للمعنى بمعنى كون المتلفظ قاصدا قابلا للقصد،و إن لم يصرح بالقصد،و لهذا حكم عليه به بمجرد سماع اللفظ،و إنما احترزوا باشتراط القصد عن مثل الساهى و النائم إذا أوقعا لفظا صريحا فإنه لا يعتد به لعدم القصد إلى مدلوله،بخلاف الكنايه فإن ألفاظها لما كانت مشتركه بين المقصود منها و هو الطلاق و نحوه لم تحمل عليه بمجرد قصده إلى المعنى لاشتراكه،بل لا بد من القصد إلى بعض معانيه،و هو الطلاق مثلا، و هذا القصد على خلاف الأصل،لأنه تخصيص المشترك بأحد معانيه،فلا بد من العلم به،و إلا لم يحكم عليه بالطلاق و لا غيره،بخلاف الصريح،فإن الأصل فيه إذا وقع من العاقل الخالى عن الموانع أن يكون قاصدا به مدلوله،فهذا هو الفارق بين القصدين،فتدبره،فإنه من مواضع الاشتباه على كثير.انتهى،و هو جيد رشيق،و قد تقدم ما يؤكده و يعضده.

بقى هنا مواضع وقع الخلاف فيها(منها)ما لو قال:أنت مطلقه،فظاهر الشيخ فى المبسوط أنه يقع بها الطلاق مع النيه،قال فى الكتاب المذكور:عندنا أن قوله أنت مطلقه إخبار عما مضى فقط،فإن نوى به الإيقاع فى الحال فالأقوى أن نقول إنه يقع.و قال فى الخلاف:إذا قال لها:أنت مطلقه لم يكن ذلك صريحا منه فى الطلاق و إن قصد بذلك أنها مطلقه الآن،و هذا القول هو المشهور بين الأصحاب.

و يرد على ما ذهب إليه فى المبسوط أنه يلزمه القول بذلك فى غير هذه الصيغه،لأن كلامه ظاهر فى كونه هنا كنايه إذ الصريح كما عرفت لا يفتقر إلى النيه،و حينئذ فيلزمه القول بذلك فى سائر الكنايات من ألفاظ هذه الماده،

إذ لا يعرف هنا وجه خصوصيه لهذه الصيغه دون غيرها،مثل قوله أنت من المطلقات أو أنت طلاق،بل هى أبلغ من قوله أنت طالق،كما صرحوا به،لأنهم متى أرادوا المبالغه فى فاعل عدلوا به إلى لفظ المصدر،فيقولون فى عادل عدلا،مبالغه لأنه أبلغ منه.

و المحقق فى الشرائع رد هذا القول بأنه بعيد عن شبه الإنشاء،لأنه إخبار عن وقوع الطلاق فيما مضى،و الأخبار غير الإنشاء.

و اعترضه فى المسالك بأن المصنف على ما تكرر منه مرارا و كذا غيره يجعلون لفظ الماضى أنسب بالإنشاء،بل قد جعله فى النكاح صريحا فى الإنشاء، فما الذى عدا فيما بدا؟ و قولهم إن نقل الاخبار إلى الإنشاء على خلاف الأصل مسلم،لكن يطالبون بالفارق بين المقامين،و الموجب لجعله منقولا فى تلك المواضع دون هذا،فإن جعلوه النص فهو ممنوع،بل ورد فى الطلاق ما هو أوسع كما ستراه.و إن جعلوه الإجماع فالخلاف فى المقامين موجود فى صيغ كثيره.

انتهى،و هو جيد متين بل جوهر ثمين.

و حينئذ فالحق فى رد القول المذكور إنما هو عدم النص الدال على وقوع الطلاق بهذه الصيغه،و قد عرفت أصاله استصحاب الحكم بالنكاح حتى يثبت الرافع شرعا،و الذى استفيد من الأخبار المتقدمه إنما هو صيغه طالق بإضافه ما يعين المطلقه،و يبقى الباقى على أصاله المنع،و هذا هو الحق فى الجواب:مضافا إلى ما أشرنا إليه من أن اللازم من القول بهذه الصيغه القول بغيرها من صيغ الكنايات من هذه الماده،و هو لا يلتزمه و لا يقول به.

(و منها)ما لو قال:طلقت فلانه،فقال الشيخ:إنه لا يقع به طلاقا،قال:

لأنه إخبار لا إنشاء.

و فيه(أولا)أن أكثر صيغ العقود المقصود بها الإنشاء إنما عبر فيما بلفظ الماضى الذى هو صريح فى الاخبار،فنقلوه إلى الإنشاء فى تلك العقود،مثل بعت

و زوجت و صالحت و نحو ذلک،و ما نحن فیه کذلک،علی أنه لا خلاف فی الصحه بلفظ فلانه طالق،و قد صرحوا بأن الماضی أقرب إلی الإنشاء من اسم الفاعل.

(و ثانیا)أن الشیخ قد صرح-کما سیأتی إن شاء الله-بأنه لو قیل له:هل طلقت فلانه؟فقال:نعم،کان جوابه بنعم طلاقا لها،و لیس الوجه فیه إلا أن قوله نعم مقتض لإعاده السؤال،فکأنه قال:طلقتها،فقول نعم فی معنی طلقتها، و حینئذ فإذا وقع الطلاق باللفظ الراجع إلی شیء وقع بذلک الشیء البته و هو«طلقتها» فیما نحن فیه،فحکمه بالصحه ثمه موجب للحکم بها فی هذه الصوره،و هو ظاهر.

(و منها)ما لو قیل له:هل طلقت فلانه؟فقال:نعم،فإن المشهور بین الأصحاب و به صرح الشیخ فی النهایه أنه یقع طلاقا،و به صرح ابن حمزه و ابن البراج و غیرهما.

و قال ابن إدریس:و إن قیل للرجل:هل طلقت فلانه؟فقال:نعم،کان ذلک إقرارا منه بطلاق شرعی.

قال فی المختلف:و التحقیق أن نقول:إن قصد بذلک الإقرار بطلاق سابق حکم علیه به ظاهرا و دین بنیته فی نفس الأمر،و إن قصد بذلک الإنشاء فهل یصح؟ظاهر کلام النهایه نعم،و ظاهر کلام ابن إدریس المنع.

أقول:و الشیخ قد استند فیما ذهب إلیه إلی

روایه السکونی (1)عن جعفر عن أبیه عن علی علیهم السلام

«فی الرجل یقال له:أطلقت امرأتک؟فیقول:نعم،قال:

قد طلقها حینئذ».

فالتقریب فیها أن قوله نعم صریح فی إعاده السؤال علی سبیل الإنشاء،لأن نعم فی الجواب تابع للفظ السؤال،فإذا کان صریحا کان الجواب صریحا فیما السؤال صریح فیه،و لهذا إذا قیل لزید فی ذمتک مائه؟فإن قال نعم کان إقرارا یوجب الحکم علیه بها.

و فیه(أولا)أنه قد تقدم فی سابق هذا الموضع اعتراف الشیخ بأنه لا یقع

١- ١) التهذیب ج ٨ ص ٣٨ ح ٣٠،الوسائل ج ١٥ ص ٢٩۶ ب ١۶ ح ۶.

الطلاق بقوله طلقت فلانه فكذا فيما هو بمعناه و هو قول«نعم»بالتقریب المذکور، و لأن صحته کذلک تقضی صحه سائر العقود به مثل أن یقول له:هل بعت فلانا؟ فیقول:نعم،و هم لا یقولون به،و إنما خصوا الطلاق بذلک بالروایه.

(و ثانیا)أنه لا یلزم من تضمن نعم معنی السؤال أن یکون بمنزله لفظه من کل وجه،و قائما مقامه من جمیع الوجوه،و لذا قال فی المسالک:إنا لو جوزنا وقوعه بلفظ طلقت فلانه لا یلزم منه جواز وقوعه بلفظ نعم،للفرق بین الملفوظ و المقدر فی صیغ العقود و الإیقاعات.

(و ثالثا)عدم صراحه الروایه فی کون نعم مقصودا بها الإنشاء،فیحتمل الاخبار،و أنه سأل عن إیقاع طلاق سابق،فأجاب بنعم،و أتی بالسبب الموجب للحکم علیه بالطلاق،و هو اعترافه به.قال فی المختلف بعد الطعن فی الروایه بضعف السند،مع أن الشیخ قال فی المبسوط:یلزم الطلاق،فإن کان صادقا لزمه باطنا و ظاهرا،و إن کان کاذبا لزمه فی الحکم،و هذا دلیل علی أنه جعله إقرارا بالطلاق لا إنشاء،و تحمل الروایه علی أنه أتی بالسبب الموجب للحکم علیه بالطلاق.انتهی،و هو ظاهر فیما قلناه.

ثم إن العلامه فی المختلف احتج أیضا بروایه البزنطی المتقدمه أیضا الداله علی حصر صیغ الطلاق فی قوله:أنت طالق،قال فی المسالک-بعد نقل ذلک عنه-:

و هذه الروایه أوضح دلاله علی تخصیص أنت طالق من بین الصیغ المتنازع فی وقوعه بها،و هی سالمه من إضافه ما تقدم فی روایه محمد بن مسلم أو یقول لها اعتدی،و لو صحت لکانت أجود فی الدلاله علی نفی تلک الأقوال،انتهی.

أقول:لا یخفی أن الکتاب المذکور من الأصول المشهوره و الکتب المأثوره، و الروایه صحیحه باصطلاح أصحابنا المتقدمین الذی علیه العمل دون هذا الاصطلاح المحدث فیثبت بها المدعی،و العلامه مع کونه أصل هذا الاصطلاح المحدث قد اعتمد علیها،و استدل بها فی المقام.

و بالجمله فالأقرب فی المسأله هو ما ذهب إلیه ابن إدریس إلا إذا علمنا أنه

لم يقع منه غيره،و ينبغى تقييد إطلاق كلام ابن إدريس بذلك،و العلامه قيده بقصد الإقرار كما تقدم فى كلامه.

قال فى المسالك:و لا إشكال مع القصد،إنما الكلام مع الجهل بحاله، و الوجه ما قلناه من الحكم بكونه إقرارا إلا مع العلم بانتفاء سابق،و يرجع فى ذلك إلى القرائن المفيده لكونه مريد الإنشاء أو الإقرار.انتهى،و هو مؤيد لما قلناه و واضح فيما ادعيناه.

ثم إنه بعد الوصول إلى هذا المكان اتفق وقوع النظر على جمله من الأخبار الظاهره فيما ذهب إليه الشيخ زياده على روايه السكونى التى طعنوا فيها بضعف السند.

و منها ما رواه

الكافى (۱)عن عثمان بن عيسى عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له:فرجل طلق امرأته من هؤلاء و لى بها حاجه،قال:فيلقاه بعد ما طلقها و انقضت عدتها عند صاحبها فتقول له:أطلقت فلانه؟فإذا قال نعم فقد صار تطليقه على طهر،فدعها من حين طلقها تلك التطليقه حتى تنقضى عدتها،ثم تزوجها،فقد صارت تطليقه بائنه».

و ما رواه

فى الكافى و الفقيه (۲)فى الحسن أو الموثق عن إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى رجل طلق امرأته ثلاثا فأراد رجل أن يتزوجها،فكيف يصنع؟فقال:يدعها حتى تحيض و تطهر،ثم يأتيه و معه رجلان شاهدان فيقول:

أطلقت فلانه؟فإذا قال نعم تركها ثلاثه أشهر،ثم خطبها إلى نفسه».

و ما رواه

فى التهذيب (۳)عن إسحاق بن عمار فى الموثق

«فى الرجل يريد

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۴۲۳ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۸۳ ب ۳۶ ح ۲.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۴۲۴ ح ۳،الفقيه ج ۳ ص ۲۵۷ ح ۴ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۳ ب ۳۱ ح ۲ مع اختلاف يسير و ج ۱۴ ص ۳۸۲ ب ۳۶ ح ۱.

۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۴۷۰ ح ۹۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۳ ب ۳۱ ذيل ح ۲.

أن يتزوج المرأه و قـد طلقت ثلاثا فأراد رجل أن يتزوجها،كيف يصـنع فيها؟ قال:يدعها حتى تطهر،ثم يأتى زوجها و معه رجلان يقول:قد طلقت فلانه؟» الحديث. كما فى سابقه.

و عن حفص بن البخترى (۱)فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى رجل طلق امرأته ثلاثه،فأراد رجل أن يتزوجها،كيف يصـنع؟قال:يأتيه فيقول:طلقت فلانه؟فإذا قال نعم تركها ثلاثه أشـهر،ثم خطبها إلى نفسه».

أقول:قـد اشتركت هـذه الأخبار مع تعددها و قوه أسانيدها فى الدلاله على وقوع الطلاق بلفظ نعم بعد السؤال عن أنه هل طلق أم لاـو أن ذلك يقع طلقه واحـده بقرينه الأمر بإحضار الشاهـدين بسـماع ذلك،و إيجاب العـده بعـد سـماع ذلك من الزوج.و من الظـاهر البين الظهور أن لفظ نعم هنا إنما وقع جوابا للسؤال عن طلاق سابق،و أن الزوج المخبر بقوله نعم إنما قصـد ذلك، لا أنه قصـد الإنشاء،لأن المفروض فى الاخبار أنه مخالف،و قـد طلقها بمقتضـى مذهبه،و اللازم من ذلك صـحه الطلاق الثانى من غير اعتبـار قصـد الإنشـاء،و فيه رد على الأصـحاب فيما ادعوه من وجوب قصـد الإنشاء فى صـحه الطلاق،فإنه عليه السـلام قـد حكم بصـحه الطلاق فى هـذه الأخبار مع معلوميه قصـد الاخبار كما عرفت، و هـذا مما يؤكـد ما قـدمناه ذكره فى غير موضع سيما فى كتب المعاملات من أنه ينبغى أن يكون المـدار على ما ترد به الأخبار و إن خالف ذلك مقتضـى قواعـدهم المقرره و ضوابطهم المعتبره.

و لو ادعى إراده الإنشـاء بعـد التلفـظ بهـذا القول فمقتضـى قواعـد الأصـحاب و به صـرح بعضـهم قبول قوله،لأنه منوط بنيته،و لا يمكن استعلام ذلك إلا منه كما تقدم مثله مرارا.

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۵۹ ح ۱۱۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۳ ب ۳۱ ح ۱.

(و منها)أن الشيخ فى النهايه قال:و ينوب مناب قوله أنت طالق بغير العربيه بأى لسان كان فإنه تحصل به الفرقه،و أطلق.و نحوه كلام ابن حمزه و ابن البراج و غيرهما،و قال ابن إدريس:و ما ينوب مناب قوله أنت طالق بغير العربيه بأى لسان كان فإنه تحصل به الفرقه إذا تعذر عليه لفظ العربيه،فأما إذا كان قادرا على التلفظ بالطلاق بالعربيه فطلق بلسان غيرها،فلا تقع الفرقه بذلك،لأنه ليس عليه دليل،و الأصل بقاء العقد.

احتج الشيخ على ما نقل عنه،بأن المقصود فى المحاورات بالذات إنما هو المعانى دون الألفاظ،لأنها دلائل،و نسبه الألفاظ متساويه،و بما رواه

وهب ابن وهب (۱)عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام قال:

«كل طلاق بكل لسان فهو طلاق».

و قال فى المختلف بعد أن نقل احتجاج الشيخ المذكور و نقل عن ابن إدريس الاحتجاج بأن الأصل عصمه الفروج،و الاستصحاب يدل على بقاء العقد،و الفرقه أمر شرعى و لم يثبت،و نحن فى هذه المسأله من المتوقفين.

أقول:و العجب منه-قدس سره-من توقفه فى هذه المسأله مع أن مقتضى اصطلاحه الحكم بضعف الروايه المذكوره،سيما و راويها أكذب البريه،و هو يرد الروايات الموثقات بل الحسنه فى بعض الأوقات،اعتمادا على هذا الاصطلاح، فما باله يتوقف هنا،و أدله ابن إدريس واضحه الظهور،و موافقه للقواعد الشرعيه،لو لا ظاهر الروايه المذكوره،على أن الروايه غير صريحه فى المدعى، و ظاهرها إنما هو عدم إمكان العربيه،لأن الظاهر أن المراد منها إنما هو أن أهل كل لسان من عربى أو عجمى أو تركى أو نحوها فله أن يطلق بلسانه،و من الغالب اختصاص أهل كل لسان بذلك اللسان لا يتجاوزونه إلى غيره،و معرفه بعضهم لألسن متعدده أمر على خلاف الغالب لا يحمل عليه الإطلاق.

و ما ذهب إليه ابن إدريس هو المشهور بين المتأخرين كما نقله فى المسالك،

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۳۸ ح ۳۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۹۷ ب ۱۷ ح ۱.

و زاد فی الاحتجاج علی ما ذکره ابن إدریس بأن اللفظ العربی هو الوارد فی القرآن و الأخبار المتکرر فی لسان أهل الشرع،و الظاهر هو ما ذهب إلیه ابن إدریس لما عرفت،و ما علل به الشیخ من قوله«إن المقصود فی المحاورات بالذات هو المعانی دون الألفاظ»و أورد علیه فی سائر العقود،و هو لا یقول به.

و

ثالثها [فی عدم وقوع الطلاق بالکتابه من الغائب القادر علی اللفظ]

اشاره

أنه لا خلاف بین الأصحاب فی عدم وقوع الطلاق بالکتابه من الحاضر القادر علی النطق،إنما الخلاف فی أنه هل یقع من الغائب القادر علی اللفظ أم لا؟فالمشهور العدم،و هو مذهب الشیخ فی المبسوط و الخلاف مدعیا علیه الإجماع،و قال فی النهایه،فإن کتب بیده أنه طلق امرأته و هو حاضر لیس بغائب لم یقع الطلاق،فإن کان غائبا و کتب بخطه أن فلانه طالق وقع الطلاق، و إن قال لغیره:اکتب إلی فلانه امرأتی بطلاقها لم یقع الطلاق.فإن طلقها بالقول ثم قال لغیره اکتب إلیها بالطلاق کان الطلاق واقعا بالقول دون الأمر، و تبعه علی ذلک جمله من أتباعه،و الأصل فی هذا الاختلاف اختلاف أخبار المسأله.

و الذی وقفت علیه منها ما رواه

فی الکافی و الفقیه (1)عن أبی حمزه الثمالی فی الصحیح قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن رجل قال لرجل:اکتب یا فلان إلی امرأتی بطلاقها،أو اکتب إلی عبدی بعتقه،یکون ذلک طلاقا أو عتقا؟فقال:لا یکون طلاقا و لا عتقا حتی ینطق به بلسانه،أو یخطه بیده و هو یرید به الطلاق أو العتق،و یکون ذلک منه بالأهله و الشهور،و یکون غائبا عن أهله». أقول:و هذه الروایه هی مستند الشیخ فی النهایه و من تبعه.

و ما رواه

فی الکافی (2)فی الصحیح أو الحسن عن زراره قال:

«قلت لأبی جعفر

1- 1) الکافی ج 6 ص 64 ح 1،الفقیه ج 3 ص 325 ح 1،التهذیب ج 8 ص 38 ح 33،الوسائل ج 15 ص 291 ب 14 ح 3.

2- 2) الکافی ج 6 ص 64 ح 2،الوسائل ج 15 ص 291 ب 14 ح 2.

علیه السلام:رجل کتب بطلاق امرأته أو بعتق غلامه،ثم بدا له فمحاه،قال:لیس ذلک بطلاق و لا عتاق حتی یتکلم به».

و ما رواه

الشیخ (۱)فی الصحیح عن ابن أذینه قال:

«سألته عن رجل کتب إلی امرأته بطلاقها أو کتب بعتق مملوکه و لم ینطق به لسانه،قال:لیس بشیء حتی ینطق به».

و ما رواه

بسند آخر عن زراره (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل» الحدیث.

و أجاب العلامه فی المختلف عن صحیحه الثمالی بالحمل علی حاله الاضطرار، قال:و تکون لفظه«أو»للتفصیل لا للتخییر،لا یقال:هذه الروایه مختصه بالغائب،و الروایه الأولی مطلقه،و المقید مقدم،لأنا نقول:الغیبه و الحضور لا تأثیر لهما فی السبب،فإنا نعلم أن اللفظ لما کان سببا فی البینونه استوی إیقاعه من الغائب و الحاضر،و کذا الکتابه لو کانت سببا لتساوی الحال فیهما،مع أن فی روایتنا ترجیحا بسبب موافقته للأصل،و تأیدها بالنظر و الشهره فی العمل، انتهی.

و اعترضه فی المسالک فقال:و فیه نظر،لأن الروایه صریحه فی أن المطلق یقدر علی التلفظ،لأنه قال:اکتب یا فلان إلی امرأتی بطلاقها.إلخ، فلا وجه لحمله علی حاله الاضطرار،و مع ذلک ففی هذه الروایه ترجیح علی السابقه لصحه سندها،و أنها مقیده بالنیه و الغیبه و تلک مطلقه فیهما،فجاز کون منعه من وقوع الطلاق لعدم النیه بالکتابه،أو لعدم العلم بالنیه،أو یحمل علی حال الحضور جمعا،علی أنه مع ثبوت المرجح لا ضروره إلی الجمع.و أما ما قیل:إن الغیبه و الحضور لا تأثیر لهما فی السببیه فهو مصادره و محضه،لأن الخصم یدعی

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۵۳ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۹۰ ب ۱۴ ح ۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۳۸ ح ۳۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۹۱ ب ۱۴ ح ۲.

الفرق،و يحتج عليه بالخبر الصحيح،و هو الفارق بين الكتابه و اللفظ المشترك فى السببيه بين الغائب و الحاضر،فكيف يدعى عدم تأثير الغيبه و الحضور؟و بذلك انقطع الأصل الذى ادعوه،و ثبت سببيه الطلاق.

و أما دعوى ترجيح الأول بموافقه الأصل و الشهره فى العمل ففيه:أن الصحيح مقدم على الحسن،فلا تعارض،ثم إن المقيد مقدم على المطلق،انتهى.

أقول:ما ذكره-رحمه الله-و إن ترائى أنه جيد،و لذا تبعه فيه جمله ممن تأخر عنه كالمحدث الكاشانى فى المفاتيح و الفاضل الخراسانى فى الكفايه، إلا أنه لا يخفى على المتتبع أن الذى عهد من الشارع فى أبواب العقود و الإيقاعات و الإقرارات و نحوها إنما هو الألفاظ و الأقوال الداله على هذه المعانى دون مجرد الكتابه،و لهذا لم يجوزها أحد بالكتابه،و يبعد اختصاص الطلاق بهذا الحكم لعدم ظهور خصوصيته له بذلك،و يعضده ما ورد فى بعض الأخبار إنما يحرم الكلام،و يؤكده أيضا الحصر فى أنت طالق المستفاد من الروايات المتقدمه حسبما تقدم تحقيقه،فإنه كما يكون الحصر فى هذه الصيغه موجبا لنفى ما سواها من الصيغ اللفظيه فكذلك الكتابه،لأنها عندهم من جمله الصيغ الموجبه للطلاق.

هذا مع ما فى تحقق الشهاده فى هذه الصوره من الإشكال،فإن الإشهاد إنما يطلق حقيقه على سماع لفظ الطلاق من المطلق،فإنه بمجرد سماع ذلك منه يجب بشهاده الشاهدين الحكم عليه بوقوع الطلاق.

و أما فى الكتابه حيث قيدوها بالقصد إلى الطلاق الذى لا يعلم إلا بإقراره و اعترافه،فيشكل الشهاده على مجرد رؤيه الكتابه حال الكتابه أو بعدها،على أن ما ذكره من جواز كون منعه عليه السلام من وقوع الطلاق لعدم النيه بالكتابه، أو لعدم العلم بالنيه أو الحضور جمعا بين الأخبار مدخول بأن قوله عليه السلام«ليس ذلك بطلاق حتى يتكلم به فى صحيحه زراره،و قوله فى صحيحه ابن أذينه«ليس بشىء حتى ينطق به»ظاهر فى أن عدم الصحه إنما استند إلى عدم النطق و التكلم

-نوى أو لم ينو،حفر أو غـاب،علمت البينه(النيه خ ل)أم لاـ-لا إلى عـدم النيه أو عـدم العلم بها أو عـدم الحضور كما ادعاه،و أن المدار إنما هو على النطق،و الكلام و هو بحمد الله سبحانه ظاهر لذوى الأفهام،و به يظهر بطلان ما ادعاه من الجمع فى المقام.

و هـل يشترط فى الشـهاده أيضـا رؤيه حـال الكتـابه أو يكفى رؤيتهـا بعـد ذلـك، قال فى المسالك:وجهان،و الأول لا يخلو من قوه،لأن ابتداءها هو القائم مقام اللفظ لا استدامتها،و إنما تعلم النيه بإقراره،و لو شك فيها فالأصل عدمها، و حينئذ فتكون الكتابه كالكنايه،و من ثم ردها الأصحاب مطلقا اطرادا للقاعده مع أنهم نقضوها فى مواضع كما ترى.

أقول:و هذا أيضا مما يوهن هذا القول لما صـرحوا به بل أجمعوا عليه من اشتراط الصـراحه فى صيغه الطلاق و عدم جواز وقوعه بالكتابه.

و بـالجمله فالمسأله عنـدى محـل توقـف،و لعـل الخبر المـذكور إنمـا خرج مخرج التقيه،و لاـ يحضـرنى الآـن أقـوال العـامه فى المسأله،فليلاحظ ذلك.

قـال فى المسالك:و لا فرق فى الغائب بين البعيـد بمسافه القصـر و عـدمه،مع احتمال شـموله للغائب عن المجلس لعموم النص،و الأـقوى اعتبـار الغيبه عرفا، و لتكن الكتابه للكلام المعتبر فى صـحه الطلاق كقوله:فلانه طالق،أو يكتب إليها:أنت طالق،و لو علقه بشرط كقوله:إذا قرأت كتابى فأنت طالق، فكتعليق اللفظ.

أقول:احتمال شـموله للغائب عن المجلس غير جيـد،فإن النص و هو صـحيحه الثمالى تضـمن الغائب عن أهله،و هو لا يصدق إلا على المسافر عن بلده.

نعم لو كان بلفظ الغائب خاصه،لربما أمكن ما ذكره.

و أما ما ذكره من كون الكتابه بالكلام المعتبر فى صـحه الطلاق كقوله فلانه طالق ففيه:أن تعين هذه الصيغه بمقتضى الدليل إنما هو بالنسبه إلى

التلفظ بالطلاق،و أما أحادیث الکتابه فهی مطلقه و تخصیصها یحتاج إلی دلیل، و کما خرج عن أخبار وجوب اللفظ بهذا الخبر فلیخرج عنها أیضا بالعمل بإطلاق هذه الأخبار من إیقاع الکتابه بأی لفظ من هذه الماده عملا بإطلاق الأخبار المذکوره و التقیید إنما ثبت فی العباره اللفظیه.

إتمام [حکم ما لو تعذر النطق]

نعم لو تعذر النطق کفت الکتابه و الإشاره من غیر خلاف یعرف،و منه الأخرس،فیصح طلاقه بذلک کما تصح سائر عقوده و أقاریره و عباراته،و لا بد من فهم الشاهدین ذلک منه لیحکم علیه به،و الظاهر تقدیم الکتابه إذا کان ممن یکتب علی الإشاره کما اختاره ابن إدریس،لأنها أقوی فی الدلاله علی المراد، لکن لا بد أن یفهم أنه نوی بها الطلاق.

و من الأخبار الوارده فی المقام ما رواه

المشایخ الثلاثه (۱)عن البزنطی فی الصحیح فی بعض الطرق قال:

«سألت الرضا علیه السلام عن الرجل تکون عنده المرأه ثم یصمت و لا یتکلم،قال:یکون أخرس؟قلت:نعم،فیعلم منه بغضا لامرأته و کراهته لها،أ یجوز أن یطلق عنه ولیه؟قال:لا،و لکن یکتب و یشهد علی ذلک،قلت:

أصلحک الله فإنه لا یکتب و لا یسمع کیف یطلقها؟قال:بالذی یعرف منه به من فعاله،مثل ما ذکرت من کراهته و بغضه لها».

و ما رواه

فی الکافی (۲)عن أبان بن عثمان قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن طلاق الأخرس،قال:یلف قناعها علی رأسها و یجذبه».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۲۸ ح ۱،الفقیه ج ۳ ص ۳۳۳ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۷۴ ح ۱۶۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۹۹ ب ۱۹ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۲۸ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۰ ب ۱۹ ح ۲.

و عن السکونی (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«طلاق الأخرس أن یأخذ مقنعتها فیضعها علی رأسها و یعتزلها».

و رواه الشیخ (۲)بسند آخر عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام مثله.

و ما رواه

فی الکافی (۳)عن یونس

«فی رجل أخرس کتب فی الأرض بطلاق امرأته فقال:إذا فعل فی قبل الطهر بشهود،و فهم عنه کما یفهم عن مثله و یرید الطلاق جاز طلاقه علی السنه».

و هذه الأخبار کلها متفقه الدلاله علی ما ذکره،و نقل عن الصدوقین و جماعه من الأصحاب أنهم اعتبروا فیه إلقاء القناع علی المرأه،یری أنها قد حرمت علیه لروایه السکونی و أبی بصیر،و منهم من خیر بین الإشاره و إلقاء القناع،و منهم من جمع بینهما،و التحقیق الاکتفاء بما یفهم ذلک کائنا ما کان،و ذکر بعض الأفراد فی الأخبار إنما خرج مخرج التمثیل.

و

رابعها [فی اختلاف الأصحاب فی وقوع الطلاق بالتخییر]

اشاره

أنه لا خلاف بین علماء العامه فی صحه التخییر بمعنی تفویض الزوج أمر الطلاق إلی المرأه و تخییرها فی نفسها قاصدا بذلک الطلاق،فإذا اختارت نفسها وقع الطلاق،و أن ذلک بمنزله توکیلها فی طلاق نفسها،فالتخییر کنایه عن ذلک، و احتجوا بآیه التخییر النازله علی النبی صلی الله علیه و آله و سلم بعد اعتزاله أزواجه.

و أما أصحابنا فقد اختلفوا فی ذلک،فذهب جمع منهم ابن الجنید و ابن أبی عقیل و السید المرتضی،و نقل عن ظاهر الصدوق إلی وقوع الطلاق به إذا اختارت نفسها بعد تخییره لها علی الفور مع اجتماع الشرائط من الاستبراء و سماع الشاهدین،

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۲۸ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۷۴ ح ۱۶۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۰ ب ۱۹ ح ۳.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۹۲ ح ۲۳۳ عن علی بن أبی حمزه عن أبی عبد الله علیه السلام مع اختلاف یسیر،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۱ ب ۱۹ ح ۵.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۷۴ ح ۱۶۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۰ ب ۱۹ ح ۴.

و المشهور-و هو مذهب الشيخ،و به صرح الشيخ علی بن بابویه فی الرساله و جمله المتأخرین-عدم وقوع الطلاق به.

قال ابن الجنید علی ما نقله فی المختلف:إذا أراد الرجل أن یخیر امرأته اعتزلها شهرا و کان علی طهر من غیر جماع فی مثل الحاله التی لو أراد أن یطلقها فیه طلقها،ثم خیرها فقال لها:قد خیرتک أو جعلت أمرک إلیک،و یجب أن یکون ذلک بشهاده،فإن اختارت نفسها من غیر أن تشاغل بحدیث من قول أو فعل کان یمکنها أن لا تفعل صح اختیارها،و إن اختارت بعد فعلها ذلک لم یکن اختیارها ماضیا،و إن اختارت فی جواب قوله لها ذلک و کان مدخولا بها و کان تخییره إیاها عن غیر عوض أخذه منها کان کالتطلیقه الواحده التی هو أحق برجعتها فی عدتها، و إن کانت غیر مدخول بها فهی تطلیقه بائنه،و إن کان تخییره عن عوض فهی بائن و هی أملک بنفسها،و إن جعل الاختیار إلی وقت معینه و اختارت قبله جاز اختیارها، و إن اختارت بعده لم یجز.

و قال ابن أبی عقیل:و الخیار عند آل الرسول صلی الله علیه و آله و سلم أن یخیر الرجل امرأته و یجعل أمرها إلیها فی أن تختار نفسها أو تختاره بشهاده شاهدین فی قبل عدتها،فإن اختارت المرأه نفسها فی المجلس فهی تطلیقه واحده و هو أملک برجعتها ما دامت لم تنقض عدتها،و إن اختارت فلیس بطلاق،و لو تفارقا ثم اختارت المرأه نفسها لم یقع شیء،و لو قال لها:قد جعلت أمرک بیدک فاختاری نفسک فی مجلسک، فسکتت أو تحولت عن مجلسها بطل اختیارها بترک ذلک،و إن سمی الرجل فی الاختیار وقتا معلوما ثم رجع عنه قبل بلوغ الوقت کان ذلک له،و لیس یجوز للزوج أن یخیرها أکثر من واحده بعد واحده،و خیار بعد خیار بطهر و شاهدین، فإن خیرها أکثر من واحده أو خیرها أو تخیر نفسها فی غیر عدتها کان ذلک ساقطا غیر جائز،و إن خیر الرجل أباها أو أخاها أو أحد من أولیائها کان اختیارها.

و قال الشیخ علی بن بابویه:و لا یقع الطلاق بإجبار و لا إکراه و لا علی

شک،فمنه طلاق السنه،و طلاق العده-إلی أن قال:-و منه التخییر.و لما بحث عن تلک الأقسام إلی أن وصل إلی التخییر فقال:و أما التخییر فأصل ذلک (1):إن الله عز و جل أنف لنبیه صلی الله علیه و آله و سلم بمقاله قالها بعض نسائه:أ تری محمدا لو طلقنا لا نجد أکفاءنا من قریش یتزوجونا،فأمر الله عز و جل نبیه صلی الله علیه و آله و سلم أن یعتزل نساءه تسعه و عشرین یوما،فاعتزلهن النبی صلی الله علیه و آله و سلم فی مشربه أم إبراهیم ثم نزلت هذه الآیه «یا أَیُّهَا النَّبِیُّ قُلْ لِأَزْواجِکَ إِنْ کُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَیاهَ الدُّنْیا وَ زِینَتَها فَتَعالَیْنَ أُمَتِّعْکُنَّ وَ أُسَرِّحْکُنَّ سَراحاً جَمِیلاً وَ إِنْ کُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللّهَ وَ رَسُولَهُ وَ الدّارَ الْآخِرَهَ فَإِنَّ اللّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِناتِ مِنْکُنَّ أَجْراً عَظِیماً» (2)فاخترن الله و رسوله فلم یقع طلاق.

هذا ما حضرنی من عبائر المتقدمین،و الواجب أولا نقل ما وصل إلینا من أخبار المسأله،ثم الکلام فیها بما یسر الله عز و جل فهمه منها و جمعها علی وجه یرسل به غشاوه الاختلاف عنها.

فمنها ما رواه

الصدوق فی الفقیه (3)فی الصحیح عن ابن أذینه عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«إذا خیرها و جعل أمرها بیدها فی قبل عدتها من غیر أن یشهد شاهدین فلیس بشیء،و إن خیرها و جعل أمرها بیدها بشهاده شاهدین فی قبل عدتها فهی بالخیار ما لم یتفرقا،فإن اختارت نفسها فهی واحده،و هو أحق برجعتها،و إن اختارت زوجها فلیس بطلاق».

و ما رواه

فی الکتاب المذکور (4)عن ابن مسکان عن الصیقل عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«الطلاق أن یقول الرجل لامرأته:اختاری،فإن اختارت نفسها فقد بانت منه و هو خاطب من الخطاب،و إن اختارت زوجها فلیس بشیء،أو یقول:

أنت طالق،فأی ذلک فعل فقد حرمت علیه،و لا یکون طلاق و لا خلع و لا مباراه

1- 1) مضمون ما جاء فی الکافی ج 6 ص 137 ح 1.

2- 2) سوره الأحزاب-آیه 28 و 29.

3- 3) الفقیه ج 3 ص 335 ح 2،الوسائل ج 15 ص 338 ب 41 ح 14.

4- 4) الفقیه ج 3 ص 335 ح 3،الوسائل ج 15 ص 338 ب 41 ح 15.

و لا تخير إلا على طهر من غير جماع بشهاده شاهدين».

و عن الحلبى (۱)فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى الرجل يخير امرأته أو أباها أو وليها،فقال:كلهم بمنزله واحده إذا رضيت».

و عن الحسن بن محبوب عن جميل بن صالح عن الفضيل بن يسار (۲)فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لامرأته:قد جعلت الخيار إليك، فاختارت نفسها قبل أن يقوم،قال:يجوز ذلك عليه.قلت:فلها متعه؟قال:

نعم.قلت:فلها ميراث إن مات الزوج قبل أن تنقضى عدتها؟قال:نعم،و إن ماتت هى ورثها الزوج».

و أقول:و لتفرد صاحب الفقيه بهذه الأخبار نسب إليه القول بمضمونها كما تقدمت الإشاره إليه.

و ما رواه

فى التهذيب (۳)عن زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قلت له:رجل خير امرأته،قال:إنما الخيار لها ما داما فى مجلسهما،فإذا افترقا فلا خيار لها».

و بسند آخر عن زراره (۴)مثله،و زاد

«أصلحك الله،فإن طلقت نفسها ثلاثا قبل أن يتفرقا من مجلسهما؟قال:لا يكون أكثر من واحده،و هو أحق برجعتها قبل أن تنقضى عدتها،قد خير رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نساءه فاخترنه،فكان ذلك طلاقا،قال:فقلت له:لو اخترن أنفسهن؟فقال:ما ظنك برسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لو اخترن أنفسهن أ كان يمسكهن».

و عن زراره و محمد بن مسلم (۵)فى الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال:

«لا خيار إلا على طهر من غير جماع بشهود».

و عن زراره (۶)عن أحدهما عليهما السلام قال:

«إذا اختارت نفسها فهى تطليقه

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۳۳۵ ح ۴ و ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۸ ب ۴۱ ح ۱۶ و ۱۷.

۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۳۳۵ ح ۴ و ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۸ ب ۴۱ ح ۱۶ و ۱۷.
۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۸۹ ح ۲۲۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۷ ب ۴۱ ح ۷ و فيهما«تفرقا».
۴- ۴) التهذيب ج ۸ ص ۹۰ ح ۲۲۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۸ ب ۴۱ ح ۱۲.
۵- ۵) التهذيب ج ۸ ص ۹۰ ح ۲۲۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۷ ب ۴۱ ح ۸.
۶- ۶) التهذيب ج ۸ ص ۹۰ ح ۲۲۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۷ ب ۴۱ ح ۹.

بائنه،و هو خطاب من الخطاب،و إن اختارت زوجها فلا شیء».

و عن برید الکناسی (۱)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«لا ـ ترث المخیره من زوجها شیئا من عدتها،لأن العصمه قد انقطعت فیما بینها و بین زوجها من ساعتها،فلا رجعه له علیها و لا میراث بینهما».

و عن حمران (۲)فی الحسن قال:

«سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول:المخیره تبین من ساعتها من غیر طلاق و لا میراث بینهما،لأن العصمه منها قد بانت ساعه کان ذلک منها و من الزوج».

أقول:و هذه الأخبار و ما فی معناها هی أدله القول الآخر فی المسأله.

و أما ما یدل علی القول المشهور و هو المؤید المنصور کما سیظهر لک إن شاء الله غایه الظهور فمنها:

ما رواه

فی الکافی (۳)فی الموثق عن عیص بن القاسم عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« سألته عن رجل خیر امرأته فاختارت نفسها،بانت منه؟فقال:لا،إنما هذا شیء کان لرسول الله صلی الله علیه و آله و سلم خاصه أمر بذلک ففعل،و لو اخترن أنفسهن لطلقهن، و هو قول الله عز و جل «قُلْ لِأَزْوٰاجِکَ إِنْ کُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَیٰاهَ الدُّنْیٰا وَ زِینَتَهٰا فَتَعٰالَیْنَ أُمَتِّعْکُنَّ وَ أُسَرِّحْکُنَّ سَرٰاحاً جَمِیلاً» .

أقول:ظاهر الخبر المذکور أنه لا ـ بد بعد اختیارها نفسها من الطلاق من الزوج،لا أنها تبین بمجرد الاختیار أو یحصل الطلاق بذلک،بل لا ـ بد من اتباعه بالطلاق،و أنه صلی الله علیه و آله لو اخترن أنفسهن لطلقهن،و لا یخفی أن ظاهر الآیه المذکوره ذلک،إلا أنه مناف لأخبار المسأله کما عرفت و تعرف،إلا أن یقال:

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۹۰ ح ۲۲۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۷ ب ۴۱ ح ۱۰ و الظاهر أن«یزید الکناسی»هو الصحیح.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۹۰ ح ۲۲۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۸ ب ۴۱ ح ۱۱.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۳۷ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۸۷ ح ۲۱۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۶ ب ۴۱ ح ۴.

إن هذا إنما هو بالنسبه إليه صلى الله عليه و آله و سلم كما هو مورد الخبر،لكن الظاهر أنه لا قائل بالفرق.

قال الشيخ فى كتابى الأخبار (۱)بعد نقل هذا الخبر:قال الحسن بن سماعه:

و بهذا الخبر تأخذ فى الخيار.

و ما رواه

فى الكافى (۲)عن محمد بن مسلم قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الخيار، فقال:و ما هو و ما ذاك؟إنما ذاك شىء كان لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلم».

و عن محمد بن مسلم (۳)فى الموثق قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:إنى سمعت أباك يقول:إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم خير نساءه فاخترن الله و رسوله فلم يمسكهن على الطلاق و لو اخترن أنفسهن لبن،فقال:إن هذا حديث كان أبى يرويه عن عائشه:و ما للناس و الخيار،إنما هذا شىء خص الله عز و جل به رسوله صلى الله عليه و آله و سلم».

أقول:لعل الوجه فى نسبته عليه السلام هذا الخبر إلى روايه أبيه عليه السلام عن عائشه المؤذن بكذبه هو ما اشتمل عليه من أنهن لو اخترن أنفسهن لبن،حيث إن ظاهر الخبر الأول الاحتياج إلى الطلاق بعد الاختيار،و إلا فإنه ليس فيما نقله زراره عن أبيه عليه السلام ما يخالف الواقع فى القصه.

و ما رواه

فى الكافى (۴)عن زراره فى الموثق قال:

«سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول:

إن الله عز و جل أنف لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن مقاله قالتها بعض نسائه،فأنزل الله تعالى آيه التخيير،فاعتزل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم تسعه و عشرين ليله فى مشربه أم إبراهيم،ثم دعاهن فخيرهن فاخترنه فلم يك شيئا،فلو اخترن أنفسهن كانت واحده بائنه.قال:و سألته عن مقاله المرأه ما هى؟قال:فقال:إنها قالت«ترى محمدا»أنه لو طلقنا إنه لا يأتينا الأكفاء من قومنا يتزوجونا».

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۸۸ ذيل ح ۲۱۸ و فيه«و بهذا الحديث نأخذ فى الخيار».

۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۱۳۶ ح ۱ و ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۶ ب ۴۱ ح ۱ و ۳.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۳۶ ح ۱ و ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۶ ب ۴۱ ح ۱ و ۳.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۳۷ ح ۱ مع اختلاف یسیر.

و عن محمد بن مسلم (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل إذا خیر امرأته،فقال:

إنما الخیره لنا لیس لأحد،و إنما خیر رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم لمکان عائشه،فاخترن الله و رسوله،و لم یکن لهن أن یخیرن غیر رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم».

قوله علیه السلام«إنما الخیره لنا»یعنی باعتبار اختصاص ذلک برسول الله صلی الله علیه و آله و سلم و منزلتهم معه واحده.و قوله«لمکان عائشه»قیل فی معناه:إنه لما لم یطلقهن بل خیرهن لأنه صلی الله علیه و آله کان یحب عائشه لحسنها و جمالها،و کان یعلم أنهن لا یخترن غیره لحرمه الأزواج علیهن.أو أن السبب الأعظم فی هذه القضیه کان سوء معاشره عائشه،و قله احترامها له صلی الله علیه و آله و سلم.

و قال الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی (۲)بعد أن ذکر فی صدر البحث أقسام الطلاق إجمالا:و إن منه طلاق السنه و طلاق العده و طلاق الغلام-ثم شرح هذه الأشیاء کلا علی حده إلی أن قال:-و أما التخییر فأصل ذلک أن الله أنف لنبیه صلی الله علیه و آله و سلم بمقاله قالتها بعض نسائه،إلی آخر ما فی عباره الشیخ علی بن بابویه-رحمه الله- حیث إنها مأخوذه من الکتاب المذکور علی ما عرفت فی غیر موضع مما تقدم.

أقول:و الأقرب عندی هو القول المشهور لوجوه:(أحدها)أن مقتضی القاعده المنصوصه-المتفق علی ورودها عنهم علیهم السلام من عرض الأخبار مع الاختلاف بل بدونه علی مذهب العامه و الأخذ بخلافه-هو حمل أخبار الوقوع علی التقیه، و لذلک أن الشیخ أیضا حملها علی ذلک،لاتفاق العامه علی ما دلت هذه الأخبار علیه،و یؤیده اختلاف الأخبار باختلافهم فی أحکامه من کونه طلاقا رجعیا أو بائنا و نحو ذلک.

(و ثانیها)أنه مع العمل بأخبار الوقوع فإنه یلزم طرح الأخبار الداله علی العدم،إذ لا محمل لها،و من القواعد المقرره عندهم أن إعمال الدلیلین مهما

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۳۹ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۶ ب ۴۱ ح ۲ و فیهما«أن یخترن».

۲- ۲) فقه الرضا ص ۲۴۱ و ۲۴۴ مع اختلاف یسیر.

أمکن أولی من طرح أحدهما.

(و ثالثها)تأید أخبار المنع بجمله من الأخبار الداله علی عدم صحه تفویض أمثال ذلک إلی النساء.

و منها ما رواه

فی الکافی (۱)عن الحسن بن علی بن فضال عن بعض أصحابنا عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی امرأه نکحها رجل فأصدقته المرأه و اشترطت علیه أن بیدها الجماع و الطلاق فقال:خالف السنه و ولی الحق من لیس أهله،و قضی أن علی الرجل الطلاق،و أن بیده الجماع و الطلاق،و تلک السنه».

و ما رواه

فی الفقیه و التهذیب (۲)فی الصحیح عن محمد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«قضی علی علیه السلام فی رجل تزوج امرأه و أصدقها و اشترطت أن بیدها الجماع و الطلاق،قال:خالف السنه و ولت الحق من لیس بأهله،قال:قضی أن علی الرجل النفقه،و بیده الجماع و الطلاق،و ذلک السنه».

أقول:فی الفقیه«فأصدقته»مکان«فأصدقها و أن علیه الصداق»بدل«علی الرجل النفقه».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۳)عن مروان بن مسلم عن بعض أصحابنا عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت:ما تقول فی رجل جعل أمر امرأته بیدها؟قال:فقال:

ولی الأمر من لیس أهله و خالف السنه و لم یجز النکاح».

و قد اشترکت هذه الأخبار فی الدلاله علی أن جعل الطلاق بید المرأه خلاف

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۰۳ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴۰ ب ۴۲ ح ۱ و فیهما«أن علی الرجل الصداق».

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۲۶۹ ح ۶۱،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۹ ح ۶۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰ ب ۲۹ ح ۱ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۳۷ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۸۸ ح ۲۲۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳۶ ب ۴۱ ح ۵.

السنه النبويه و الشريعه المحمديه صلى الله عليه و آله و سلم،فكل ما خالفها فهو باطل البته، حتى أنه عليه السلام فى الحديث الأخير حكم ببطلان النكاح،و مورده كما ترى مورد تلك الأخبار لأنه قال فيه:«إنه جعل أمر امرأته بيدها»و هذا هو معنى التخيير فهو أصرح الأخبار فى بطلان التخيير،إذ لو كان ذلك سائغا كما يدعونه لصح شرطه فى العقد و لم يحكم ببطلان النكاح،و الخبر كما ترى على خلافه.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك-باعتبار تصلبه فى العمل بهذا الاصطلاح المحدث-ترجيح القول بالوقوع لرجحان أخباره بالكثره و الصحه و الصراحه،قال-رحمه الله-:و أجاب المانعون عن الأخبار الداله على الوقوع بحملها على التقيه،و لو نظروا إلى أنها أكثر و أوضح سندا و أظهر دلاله لكان أجود،و وجه الأول واضح،و الثانى أن فيها الصحيح و الحسن و الموثق،و ليس فيها ضعيف،بخلاف أخبار المنع،فإن فيها الضعيف و المرسل و المجهول.

أقول:لا يخفى أن الحمل على التقيه لا تنافيه صحه الأخبار و تكاثرها، بل لو ادعى كون ذلك مؤكدا للحمل على التقيه لكان أقرب لشيوع التقيه و خفاء الحق الواقعى بتلك البليه،فلا جرم قلت أخباره و قل انتشاره على أن هذا الاصطلاح المحدث لا وجود له عند أصحابنا المتقدمين،بل الأخبار كلها صحيحه عندهم بهذا الاعتبار،و إنما الضعف بوجوه أخر لا تعلق لها بالسند كما تقدم تحقيقه فى مقدمات الكتاب فى أول جلد كتاب الطهاره (1)،و القاعده المرويه عنهم عليهم السلام فى تعارض الأخبار صادقه على الجميع،لا اختصاص لها بماده دون اخرى،و لا ريب فى صدقها على ما نحن فيه،فيجب العمل بمقتضاها،إلا أنه لما كانت هذه القاعده مطرحه فى كلامهم-كما لا يخفى على من خاض بحور نقضهم

١- ١) الحدائق ج ١ ص ١۴.

و إبرامهم-و أن بما اخترعوا لهم فی الجمع بین الأخبار و لا-وجود لها فی السنه و لا-فی الکتاب من حمل النواهی الکراهه و الأوامر علی الاستحباب،ضربوا عنها صفحا،و طووا عنها کشحا بمثل هذه التعلیلات العلیله و نحوها.

تفریعات علی القول بالتخییر

الأول [هل هذا الطلاق یقع رجعیا أم بائنا؟] :

أنه هل یکون الطلاق الواقع بالتخییر إذا اختارت نفسها طلاقا رجعیا أم بائنا؟ظاهر عباره ابن أبی عقیل المتقدمه أنه یکون رجعیا،و علیه تدل من أخبار التخییر المتقدمه صحیحه محمد بن مسلم المرویه فی الفقیه،لقوله فیها،«و هو أحق برجعتها»و نحوها صحیحه الفضیل بن یسار لحکمه فیها بالموارثه التی هی فرع بقاء الزوجیه،و روایه زراره لقوله فیها«و هو أحق برجعتها قبل أن تنقضی عدتها».

و قیل:إنها تکون بائنه،و علیه تدل من الأخبار المذکوره روایه الصیقل، لقوله فیها«فإن اختارت نفسها فقد بانت منه،و هو خاطب من الخطاب»و روایه زراره الأخری لقوله فیها«إذا اختارت نفسها فهی تطلیقه بائنه،و هو خاطب من الخطاب»و روایه برید[یزید]الکناسی،و هی أصرح الجمیع،و نحوها حسنه حمران،و الظاهر أن هذا الاختلاف فی هذه الأخبار منشؤه اختلاف العامه فی ذلک، و لکن لا یحضرنی الآن نقل مذاهبهم،إلا أنک لما عرفت أن هذه الأخبار إنما خرجت مخرج التقیه و جمیع ما تضمنته إنما هو من أقوالهم،فالظاهر أن منشأ هذا الاختلاف فیها هو ما ذکرناه.

و کیف کان فهو مما یوهن التمسک بها و الاعتماد علیها إذ لا حاجه للجمع بینها فی ذلک،فلم یبق إلا تعارضها و تساقطها.

و ظاهر کلام ابن الجنید المتقدم أن کون ذلک رجعیا أو بائنا إنما هو باعتبار أمر آخر،و هو أنه إن کان التخییر بعوض کان بائنا،کالطلاق بالعوض و إلا کان رجعیا.

قال فی المسالک:و فیه جمع بین الأخبار،و فیه أنه لا یکاد یشم لهذا التفصیل و لا لهذا العوض رائحه فی الأخبار بالکلیه،و کیف یکون جمعا بینها مع أنه لا إشاره فی شیء من الأخبار إلیه فضلا عن الدلاله الظاهره علیه،بل ظاهر سیاق الأخبار المذکوره بل صریحها أن کلا من الأمرین إنما یترتب علی مجرد التخییر،و لا دلیل علی العوض بالکلیه و لا سیما روایه برید[یزید]الکناسی و حسنه حمران،فإنهما تنادیان بأوضح دلاله علی أن نفی المیراث و انقطاع العصمه و البینونه و عدم الرجعه إنما یترتب علی اختیارها نفسها خاصه،و دعوی کون ذلک بعوض إنما هو من قبیل الرمی فی الظلام و القیاس فی الأحکام الذی منعت منه شریعه الملک العلام،إذ مرجع ما ذکروه إنما هو إلی أنه حیث ثبت ذلک فی الطلاق بعوض أثبتناه فی التخییر إذا کان ثمه عوض بل هذا أشد بعدا لعدم الجامع بین المقیس و المقاس علیه.

و بالجمله فإن بعد هذا القول فی المقام مما لا یخفی علی ذوی الأفهام، إلا أن شیخنا المذکور لما کان مائلا إلی القول بالتخییر کما عرفت تشبث فی الذب عنه بذلک.

و أما قوله أیضا علی أثر ما تقدم-و یمکن الجمع بینها بحمل البائن علی تخییر من لا عده لها کغیر المدخول بها و الیائسه و الرجعی علی من لها عده رجعیه لأن التخییر جائز للجمیع علی القول به-فهو فی البعد مثل سابقه،فإن سیاق أخبار التخییر ینادی بأفصح لسان و أوضح بیان بأن ما تضمنته تلک الأخبار من الأحکام إنما ترتب علی التخییر،بمعنی أنه متی خیرها و اختارت نفسها لزم کذا و کذا،أعم من أن تکون ذات عده أم لا،و مقتضی ما ذکره من احتمال الجمع بما ذکر إنما هو ترتب البینونه و عدم الإرث و عدم الرجعه علی عدم الدخول بها أو علی کونها یائسه،و الأخبار خالیه من الاشعار به،بل ظاهرها کما عرفت إنما هو ترتب ذلک علی مجرد التخییر،و بالجمله فإن مقتضی إطلاق هذه الأخبار

هو ما ذكرناه،و التخصيص يحتاج إلى دليل و ليس فليس.

الثانی [اشتراط وقوع الخيار فی المجلس قبل التفرق]

عباره ابن أبی عقيل المتقدمه اشتراط وقوع الخيار فی المجلس قبل التفرق لقوله«و إن اختارت نفسها فی المجلس فهی تطليقه واحده»و عليه تدل روايه زراره لقوله فيها«إنما الخيار لها ما داما فی المجلس فإذا افترقا فلا خيار لها»و صحيحه محمد بن مسلم و هی الأولی لقوله فيها«فهی بالخيار ما لم يتفرقا» و قوله فی صحيحه الفضيل بن يسار«و اختارت نفسها قبل أن تقوم»و هو و إن كان فی كلام الراوی،إلا أن الحجه تقرير الامام عليه السلام،و إطلاق المجلس يقتضی عدم الفرق بين طول المجلس و قصره،و عدم الفرق بين تخلل كلام أجنبی بين التخيير و الاختيار أم لا.

لكن الظاهر من عباره ابن الجنيد هو اتصال الاختيار بالتخيير اتصالا عرفيا بمعنی عدم ضرر الفصل بالسعال و نحوه من الفصل القليل،لقوله«فإن اختارت نفسها من غير أن تشاغل بحديث من قول أو فعل كان يمكنها أن لا تفعله صح اختيارها،و إن اختارت بعد فعلها ذلک لم يكن اختيارها ماضيا.انتهی و ظاهره فوريه التخيير،و علی هذا يكون المجلس كنايه عن هذا الاتصال العرفی إلا أنه ينافيه قوله«ما لم يتفرقا»فی روايه زراره و صحيحه محمد بن مسلم (1)و«قبل أن يقوم»فی صحيحه الفضيل فإن ظاهره أن الغايه المبطله للخيار هی التفرق عن المجلس،فما لم يتفرقا و إن طال الجلوس أو حصل الفصل فإنه لا يبطل التخيير و علی هذا فما ذكره ابن الجنيد من هذا الشرط لا دليل عليه من الأخبار المذكوره.

۱- ۱) و صحيحه محمد بن مسلم أظهر دلاله علی ذلک حيث انه قال«فهی بالخيار ما لم يتفرقا»فجعل الغايه فی سقوط الخيار هو التفرق خاصه،و كذا قوله فی صحيحه الفضيل«قبل أن يقوم»فان الجميع ظاهر فی صحه التخيير و ان طال الجلوس فی مقامها و جواز الفصل بكلام أجنبی طال أو قصر ما لم يحصل التفرق.(منه-قدس سره-).

و بـذلك يظهر أن مـا ذكروه فى هـذا المقـام-من أنه إذا كـان بمنزله عقـد التمليـك لم يكن العبره بالمجلس بل بالمقارنه،و إن جعل بمنزله التوكيل لم يكن المجلس أيضا معتبرا بل يجوز مع التراخى-لا معنى له،بل إن الـذى ينبغى أن يقال بناء على ما قالوه من صـحه التخيير:إن هذا حكم برأسه و المجلس فيه أثر على الوجه المتقدم فى الأخبار بالتقريب الذى شـرحناه.و أما بناء على ما قلناه من عـدم القول بـذلك،فإن الوجه فيه أنه حيث كان العامه القائلون بهـذا القول قـد اشترطوا فيه هذا الشـرط خرجت الأخبار مصرحه به وفاقا لهم

الثالث [فى أنه يشترط فى الطلاق بالتخيير جميع شرائط صحه الطلاق]

يشترط فى هـذا التخيير عند القائل به ما يشترط فى صـحه الطلاق من اسـتبراء المرأه و سـماع الشاهدين و غير ذلك.و هل يكفى سماعهمـا نطقهـا خـاصه،أو يعتبر سـماعهما نطقهما معا؟ قال فى المسالك:ظاهر الروايه و الفتوى الأول،و أن الفراق يقع بمجموع الأـمرين فيعتبر سـماعهما من الشاهـدين،فينزل حينئـذ منزله الخلع حيث يقع البـذل من جانبهـا و الطلاق من جانبه،و إن اختلفا فى كون الطلاق هنا من جانبها و يحتمل الاكتفاء بسـماع اختيارها،لأن الفراق إنما حصل به،و لهذا لو ردته أو اختارته لم يقع،فيكون ذلك بمنزله تفويض الطلاق إليها،فلا يشترط إلا سماع ما دل على الطلاق لا سماع ما هو بمنزله الوكاله فيه،انتهى.

أقول:اتفقت السـنخ على لفظ الأول فى قوله«ظاهر الروايه و الفتوى الأول»و منها نسـخه بخط المصـنف-رحمه الله عليه-و الأنسب فى التعبير إنمـا هو الثـانى عوض لفـظ الأـول لأـن العباره المتقـدمه كما ذكرناه هو أنه هل يكفى سـماعهما نطقها خاصه أو يعتبر سماعهما نطقهما معا،و الأول منهما هو الاكتفاء بسـماع نطقها خاصه،و الثانى هو سـماعهما نطقهما معا،و الـذى ادعاه من النص و الفتوى و رتب عليه الكلاـم بقوله«و أن الفراق يقع بمجموع الأمرين.إلـخ» إنمـا يتجه على الثـانى،و يـدلك على ذلـك أيضا قوله أخيرا«و يحتمل الاكتفاء

بسماع اختيارها»و هذا هو الأول قد جعله احتمالا.و بالجمله فالظاهر وقوع السهو من قلم المصنف فى التعبير بلفظ الأول فى هذا المقام،و إنما حقه أن يقول الثانى.

و كيف كان فالذى تقدم فى أخبار المسأله مما يدل على ذلك ما تضمنته صحيحه محمد بن مسلم من قوله«و إن خيرها أو جعل أمرها بيدها بشهاده شاهدين.إلخ» و هو ظاهر فى كون شهاده الشاهدين على تخيير الرجل لها أو جعله الأمر بيدها مع اختيارها إن اختارت نفسها،و هو ظاهر فيما ادعاه من كون الشهاده على الأمرين و ما تضمنته روايه الصيقل من قوله«و لا يكون تخيير إلا على طهر من غير جماع بشهاده شاهدين»و هو أيضا يرجع إلى الأول،و إن كان الأول أظهر.

و ما فى صحيحه زراره و محمد بن مسلم من قوله عليه السلام«لا خيار إلا على طهر من غير جماع بشهود»و هو يرجع إلى سابقه،و المعنى فيهما أنه لا خيار أو لا تخيير بأن يخير الرجل امرأته فتختار نفسها إلا بهذه الشروط.

و أما الاحتمال الذى ذكره أخيرا فهو جيد من حيث الاعتبار كما ذكره -رحمه الله-إلا أن ظواهر النصوص على خلافه،و الأظهر هو الوقوف على مقتضى ما دلت عليه الأخبار.

الرابع [جواز الرجوع فى التخيير مطلقا]

قال فى المسالك:يجوز له الرجوع فى التخيير مطلقا،و هو الظاهر من روايه زراره«إنما الخيار لهما ما داما فى مجلسهما»و لأنه إن كان تمليكا كان الرجوع فيه قبل القبول جائزا،و إن كان توكيلا فكذلك بطريق أولى،و مقتضى قوله«إن الخيار لهما ما داما فى المجلس»جواز فسخه لكل منهما فى المجلس و إن وقع التخيير من كل منهما،و هو مشكل من جانبها مطلقا،إذ لا خيار لها فى الطلاق مطلقا،و من جانبه لو كان بائنا،إلا أن الأمر فيه أسهل لإمكان تخصيصه بالرجعى.

أقول:الظاهر أن المعنى فى قوله عليه السلام فى خبر زراره«إنما الخيار لها

ما داما فی مجلسهما»إنما هو أنه متی خیرها فاختارت نفسها فإنه یشترط أن یکون فی مجلس واحد،بمعنی أنه لو خیرها و سکتت حتی تفرقا ثم اختارت نفسها لم یقع،فلا بد من أن یکون التخییر منه و الاختیار منها فی مجلس واحد.

و یشیر إلی ذلک قوله فی صحیحه محمد بن مسلم«فإن خیرها أو جعل أمرها بیدها بشهاده شاهدین فی قبل عدتها فهی بالخیار ما لم یتفرقا»فإنه دال علی أنه یشترط أن یکون اختیار نفسها فی مجلس تخییر الزوج لها،لا بعد مفارقته،و فی معناه صحیحه الفضیل.

و بالجمله فالمراد بالخیار هو التخییر الذی یترتب علیه الفراق لا الخیار فی الرجوع عن مقتضی التخییر کالخیار فی سائر العقود بمعنی فسخها،حتی أنه یدعی أنه مقتضی قوله«إن الخیار لها ما داما فی المجلس»جواز فسخه لکل منهما فی المجلس،و إن وقع التخییر،من کل منهما،و کیف یتم الفسخ بعد اختیارها نفسها و أکثر الأخبار قد دل علی أنها باختیارها نفسها قد بانت منه و انقطعت العصمه بینهما من ساعته کما صرحت به حسنه بکیر،و روایه برید[یزید]الکناسی،و کیف یتم الفسخ بعد حصول البینونه و انقطاع العصمه،و علی تقدیر الروایات الأخر الداله علی أنه بمنزله الطلاق الرجعی کیف یتم لها فسخ الطلاق حسبما ذکره من أنه لا خیار لها فی الطلاق مطلقا،و بهذا یظهر لک أن حمله الروایه علی ما ذکره -من جواز الرجوع فی التخییر بمعنی فسخه من الزوج أو من کل منهما-لیس فی محله،و إنما المعنی فیها ما قلناه.

و أما تکرارهم التفریع علی التملیک أو التوکیل فقد عرفت أن الظاهر أن یقال:إن هذا حکم برأسه عند من قال به،یترتب علیه من الأحکام ما دلت علیه أخباره.

و

خامسها [فی اشتراط تجرید صیغه الطلاق من الشرط و الصفه]

قد صرح الأصحاب من غیر خلاف یعرف أنه یشترط تجرید صیغه الطلاق من الشرط و الصفه.بل ادعی علیه ابن إدریس کما نقل عنه الإجماع،و مثله شیخنا الشهید الثانی فی الروضه،فإنه قال بعد ذکر المصنف الحکم المذکور:و هو موضع وفاق منا.و ظاهرهم أن المستند فیه إنما

هو الإجماع،و الظاهر أنه لذلک نسب المحقق فی الشرائع الحکم المذکور إلی قول المشهور مؤذنا بالتوقف فیه و الطعن فی دلیله.و ظاهره فی المسالک المیل أیضا إلی ذلک،قال-رحمه الله-:نبه بقوله علی قول المشهور علی ضعف مستنده،فإنه لیس علیه نص،و إنما أوردوا علیه أدله ظاهریه کقولهم:إن النکاح أمر ثابت متحقق،و لا یزول إلا بسبب متحقق،و وقوعه مع الشرط مشکوک فیه.و قولهم:

إنه مع عدم الشرط إجماعی،و لا دلیل علی صحته بالشرط،و نحو ذلک،فإن هذا کله مندفع بعموم الأدله علی ثبوت حکم الطلاق حیث یقع أعم من کونه منجزا أو معلقا علی شرط.

و قال سبطه فی شرح النافع بعد نقل ذلک عنه:و هو جید لو ثبت ما ادعاه من العموم لکنه محل نظر-ثم قال:-و یمکن أن یستدل علی اعتبار هذا الشرط مضافا إلی ما سبق بقوله علیه السلام

فی حسنه محمد بن مسلم (1)

«إنما الطلاق أن یقول لها.أنت طالق أو اعتدی». فإن الصیغه المعلقه علی شرط أو صفه خارجه عن هذین اللفظین،و المعتمد ما علیه الأصحاب،انتهی.

أقول:ما ادعاه شیخنا المذکور من العمومات لیس فی محله،و إنما هنا إطلاقات،و الظاهر أن مراده ذلک،فإنهم یعبرون عن أحدهما بالآخر،إلا أنه قد تقرر أن الإطلاق إنما یحمل علی الأفراد الشائعه المتکرره،فإنها هی التی یتبادر إلیها الإطلاق،دون الفروض النادره،و لا ریب أن المتکرر فی الطلاق إنما هو المنجز الغیر المعلق،بل ذکر المعلق إنما هو فرض أرادوا التنبیه علی حکمه لو وقع.

نعم لو استدل علی صحه الطلاق مع التعلیق بالأدله الداله علی وجوب الوفاء

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۶۹ ضمن ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۳۷ ضمن ح ۲۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۹۵ ب ۱۶ ضمن ح ۳.

بالشروط لكان وجها،إلا أنه يمكن الجواب عنه بأن النكاح و الطلاق من الأمور التوقيفيه يحتاج فی ثبوتها إلی ما دل شرعا علی ما یوجب النکاح أو الطلاق کما تقدم ذکره،و لم یعلم من الشارع صحه الطلاق مع التعلیق،و الأصل بقاء عصمه النکاح حتی یقوم الدلیل الشرعی علی انقطاعها.و بالجمله فالظاهر هو القول المشهور،و هو الأوفق بالاحتیاط (۱)کما لا یخفی.

و المراد بالشرط المعلق علیه هو ما یحتمل وقوعه و عدمه کدخول الدار مثلا،و بالصفه ما لا بد من وقوعه عاده کطلوع الشمس،و قد استثنی من الحکم ببطلان الطلاق المعلق علی الشرط ما إذا کان الشرط معلوم الوقوع عند إیقاع الصیغه کما لو قال:أنت طالق إن کان الطلاق یقع بک،و هو یعلم وقوعه،فإن الطلاق هنا یقع صحیحا حیث إنه لا تعلیق فی المعنی،و نقل عن الشیخ أن الطلاق لا یقع لصدق تعلیقه علی الشرط،و هم اتفقوا علی بطلان الطلاق المعلق علی الشرط و هذا منه، لأن قوله«إن کان یقع بک»شرط لغه و عرفا و رده المحقق فی الشرائع بأن ما ذکره حق إن کان المطلق لا یعلم،و أما مع علمه بأن الطلاق یقع بها و هی مستکمله لشرائطه فلا.

و توضیحه:أن التعلیق علی الشرط لم یکن مبطلا من حیث کونه تعلیقا علی شرط،و إنما أبطل من حیث عدم التنجیز و إیقاعه فی الحال،فالمدار فی صحته إنما هو علی التنجیز،و مطلق الشرط لا ینافیه،بل الشرط الذی لا یعلم وقوعه، و إلا فلو علم حال الطلاق أنها جامعه للشرائط من عدم الحیض و کونها فی طهر لم یقربها فیه فقد علم حینئذ صلاحیتها لوقوع الطلاق بها،فإذا علقه علی وقوعه بها فقد علقه علی أمر یعلم حصوله حال الطلاق،فلم یناف ذلک بتنجیزه بخلاف

۱- ۱) فان النکاح موجب لتحلل ما کان محرما قبله،و الطلاق موجب لتحریم ما کان محللا قبله،فلا بد فی کل من التحلیل فی الأول و التحریم فی الثانی من موجب شرعی و دلیل قطعی، و لم یعلم من الشارع وقوع الطلاق المعلق،و لا بیان حاله من أنه صحیح أو باطل کما لا یخفی (منه-قدس سره-).

ما لو جهل حالها،و كذا القول فی كل شرط یعلم وقوعه حاله الطلاق كقوله:

إن كـان یوم الجمعه فـأنت طـالق،مع علمه بأنه یوم الجمعه،فإن الطلاق یقع البته، لأن الشـرط فی قوه الوصف،فكأنه قال بناء علی المثال الأول:أنت طالق فی هذا الوقت الذی یقع فیه الطلاق بك،و أنت طالق فی هذا الیوم بناء علی المثال الثانی.

و سادسها [فی الأخبار الداله علی وقوع الطلاق لو فسر الطلقه باثنین أو ثلاث]

اختلف الأصـحاب فیمـا لو فسـر الطلقه بـاثنین أو ثلاث،فهـل یبطـل الطلاـق من أصـله؟أو یلغو التفسـیر و تصـیر واحـده؟قولاـن: (الأول)للسید المرتضی فی الانتصار و سلار و ابن أبی عقیل و ابن حمزه(و الثانی)للشیخ فی النهایه و المرتضی فی القول الآخر و ابن إدریس و المحقق و العلامه فی المختلف و جماعه، و الظاهر أنه هو المشـهور سـیما بین المتأخرین،و اتفق الجمیع علی عـدم وقوع المجموع،بمعنی أنه لاـ یقع ثلاثـا أو اثنین بمجرد قوله ذلـك،بـل لاـ بـد لوقوع العـدد من تخلـل الرجعه،و الأصـل فی هـذا الاختلاف الروایات و التعلیلات.

أما القول الثانی فإن العلامه فی المختلف قـد اسـتدل علیه بوجود المقتضـی، و هو قوله«أنت طالق»و انتفاء المانع،إذ لیس إلا قوله ثلاثا،و هو غیر معارض لأنه مؤكد لكثره الطلاق و إیقاعه و تكثیر سـبب البینونه،و الواحده موجوده فی الثلاث لتركبها منها و من وحدتین اخرتین،و لا منافاه بین الكل و جزئه.فیكون المقتضی و هو الجزء خالیا من المعارض.

و رد (۱)بأنه ضـعیف جـدا لمنع كون الثلاث مؤكـده للواحـده-أعنی المقیـده بقیـد الوحده-بل منافیه لها،و الموجود فی ضـمن الثلاث الواحـده لا بشـرط، و المطلوب هنا الواحـده بشـرط لا بمعنی المقیـده بقید الوحده،و هی غیر داخله فی الثلاث قطعا.و هو جید،و الأولی الرجوع إلی الأخبار،و ها أنا أسوق ما حضرنی من الأخبار الداله علی هذا القول

۱- ۱) الراد هو السید السند فی شرح النافع.(منه-رحمه الله-).

و منها ما رواه

فی الکافی (۱)عن زراره فی الصحیح عن أحدهما علیهما السلام قال:

« سألته عن رجل طلق امرأته ثلاثا فی مجلس واحد و هی طاهر،قال:هی واحده».

و فی الصحیح أو الحسن (۲)عن أحدهما علیهما السلام قال:

«سألته عن الذی یطلق فی حال طهر فی مجلس ثلاثا؟قال:هی واحده».

و فی الصحیح عن أبی بصیر الأسدی (۳)و محمد بن علی الحلبی و عمر بن حنظله جمیعا عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«الطلاق ثلاثا فی غیر عده،إن کانت علی طهر فواحده،و إن لم تکن علی طهر فلیس بشیء». قوله«فی غیر عده»أی إذا لم یکن للعده،بأن یرجع فی العده و یجامع.

و عن عمرو بن البراء (۴)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:إن أصحابنا یقولون:إن الرجل إذا طلق امرأته مره أو مائه مره فإنما هی واحده،و قد کان یبلغنا عنک و عن آبائک علیهم السلام أنهم کانوا یقولون:إذا طلق مره أو مائه مره فإنما هی واحده، فقال:هو کما بلغکم».

و ما رواه

فی التهذیب (۵)عن زراره عن أحدهما علیهما السلام

«فی التی تطلق فی حال طهرها فی مجلس ثلاثا،قال:هی واحده».

و عن بکیر (۶)فی الحسن أو الموثق عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«إن طلقها للعده أکثر من واحده فلیس الفضل علی الواحد بطلاق».

و ما رواه

الکلینی (۷)فی الصحیح عن شهاب بن عبد ربه عن أبی عبد الله علیه السلام

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۷۰ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱۱ ب ۲۹ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۷۱ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱۲ ب ۲۹ ح ۳.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۷۱ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱۱ ب ۲۹ ح ۱.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۷۱ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱۳ ب ۲۹ ح ۷.
۵- ۵) التهذیب ج ۸ ص ۵۳ ح ۹۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱۲ ب ۲۹ ح ۳.
۶- ۶) التهذیب ج ۸ ص ۵۳ ح ۹۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱۴ ب ۲۹ ح ۱۲.
۷- ۷) الکافی ج ۶ ص ۱۲۵ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱۲ ب ۲۹ ح ۴.

«فی حدیث قال:قلت:فطلقها ثلاثا فی مقصد،قال:ترد إلی السنه،فإذا مضت ثلاثه أشهر أو ثلاثه قروء فقد بانت منه بواحده».

و نحو روایه أبی محمد الوابشی (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام.

و عن الکلبی النسابه (۲)عن الصادق علیه السلام

«فی حدیث قال فیه:فقلت:

فرجل قال لامرأته أنت طالق ثلاثا،فقال:ترد إلی کتاب الله و سنه نبیه».

و عن محمد بن سعید الأموی (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل طلق ثلاثا فی مقصد واحد،قال:فقال:أما أنا فأراه قد لزمه،و أما أبی فکان یری ذلک واحده».

أقول:الظاهر أن ما أفتی به علیه السلام من لزوم الطلاق و أنه یکون بائنا إنما خرج مخرج التقیه،و یؤیده أن الراوی اموی،و الذی نقله عن أبیه هو الموافق للأخبار المذکوره،و أورد شیخنا الشهید فی شرح الإرشاد علی الاستدلال بهذه الأخبار أن السؤال فیها عمن طلق ثلاثا فی مجلس و هو أعم من أن یکون بلفظ الثلاث أو بلفظ لکل واحد مره،و الثانی لا نزاع فیه،فلم قلتم أنه غیر مراد،و بتقدیر عدم تعینه للإراده یکون أعم من کل واحد،و العام لا یستلزم الخاص.

و أجاب عنه فی المسالک فقال:إن لنا الاستدلال بعمومه الشامل للقسمین فإن«من»من صیغ العموم،فیتناول من طلق ثلاثا مرسله،کذا و بثلاثه ألفاظ،و قد حکم علی هذا العام بوقوع واحده،فیتناول بعمومه موضع النزاع کما هو شأن کل عام.

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۵۳ ح ۹۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱۴ ب ۲۹ ح ۱۳.
۲- ۲) الکافی ج ۱ ص ۳۵۰ ضمن ح ۶ طبع دار الکتب الإسلامیه،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱۲ ب ۲۹ ح ۵.
۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۵۳ ح ۹۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱۴ ب ۲۹ ح ۱۴.

و اعترضه سبطه فی شرح النافع فقال:و عندی فی هذا الجواب نظر،فإن لفظه«من»و إن أفاد العموم و تناول کل مطلق،لکن لفظ«طلق»مثبت فلا یفید العموم علی وجه یتناول أقسام الطلاق،و عموم المطلق یتحقق بتناول اللفظ لکل مطلق أوقع الطلاق بثلاثه ألفاظ،فلا یجب تناوله لمن طلق ثلاثا بلفظ واحد مرسل،مع أن المتبادر من قوله«طلق ثلاثا»أنه أوقع الطلاق بثلاث صیغ، إذ لا یصدق علی من قال«سبحان الله عشرا»أنه سبح الله عشر مرات.و بالجمله فهذه الروایات غیر داله علی المطلوب صریحا و لا ظاهرا.انتهی،و هو جید وجیه کما لا یخفی علی الفطن النبیه،إلا أن آخر العباره لا یخلو من خزازه و لعله لغلط وقع فیها.

و حق الکلام أن یقال:إذ لا یصدق علی من قال«سبح الله عشرا»إلا أنه سبح الله عشر مرات لا أن یقول«سبحان الله»عشرا خاصه،و نحو ذلک من الألفاظ المؤدیه لهذا المعنی،و یؤید قوله فی حسنه بکیر أو موثقته المتقدمه إن طلقها للعده أکثر من واحده،فلیس الفضل علی الواحد بطلاق،فإن المراد منها کما هو الظاهر إنما هو تعدد الطلاق.و حینئذ فیحمل علیها إطلاق الأخبار المذکوره،و کیف کان فإن لم یکن ما ذکرناه هو الأظهر من الأخبار المذکوره فلا أقل من کونه أحد الاحتمالین،و به یبطل الاستدلال لقیام الاحتمال.

و مما یدل علی کونه واحده متی تعددت العباره ثلاثا مثلا و أن الزائد لغو-مضافا إلی ما ذکره شیخنا الشهید من أنه لا نزاع فیه-

روایه إسحاق بن عمار الصیرفی (1)عن جعفر عن أبیه علیهما السلام

«أن علیا علیه السلام کان یقول:إذا طلق الرجل المرأه قبل أن یدخل بها ثلاثا فی کلمه واحده فقد بانت منه،و لا میراث بینهما و لا رجعه،و لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره،و إن قال:هی طالق، هی طالق،هی طالق فقد بانت منه بالأولی،و هو خاطب من الخطاب،إن شاءت

1- 1) التهذیب ج 8 ص 53 ح 94،الوسائل ج 15 ص 315 ب 29 ح 15.

نكحته نكاحا جديدا،و إن شاءت لم تفعل». و صد الخبر إنما خرج مخرج التقيه، كما هو مذهب العامه،و على ذلك حمله الشيخ و غيره،و يدل عليه ما رواه

الشيخ (۱)عن أبى أيوب الخزاز عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«كنت عنده فجاء رجل فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا،قال:بانت منه.قال:فذهب ثم جاء رجل آخر من أصحابنا فقال:رجل طلق امرأته ثلاثا،فقال:تطليقه.و جاء آخر فقال:رجل طلق امرأته ثلاثا،فقال:ليس بشيء.ثم نظر إلى فقال:هو ما ترى،قال:

قلت:كيف هذا؟قال:هذا يرى أن من طلق امرأته ثلاثا حرمت عليه،و أنا أرى أن من طلق امرأته ثلاثا على السنه فقد بانت منه،و رجل طلق امرأته ثلاثا و هى على طهر فإنما هى واحده،و رجل طلق امرأته ثلاثا على غير طهر فليس بشيء»(۲).

أقول:فى هذا الخبر دلاله على أنهم عليهم السلام كثيرا ما يجيبون باعتبار علمهم بالحال،و الأول كان من المخالفين و أجابه عليه السلام بما يوافق معتقده ظاهرا من حصول البينونه بمجرد الثلاث،و لكنه عليه السلام أراد مع وقوعه على السنه كما أوضحه.

و الثانى حيث كان من أصحابنا أجابه بما أجاب به أصحابه عليه السلام فى هذه الأخبار حيث

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۵۴ ح ۹۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱۵ ب ۲۹ ح ۱۶.

إنه فهم منه أنه طلق ثلاثا فى مجلس واحد.و الثالث لما علم أنه طلق على غير طهر أجابه بالبطلان من حيث فوات أحد شروط الطلاق.

احتج من قال بالبطلان(أولا)بأن الواحده المنفرده-أعنى المقيده بقيد الوحده- غير مراده فلا تقع،لأن من جمله شرائط الصحه القصد إلى الطلاق،و المقصود هو التطليقات الثلاث غير واقع إجماعا،و مرجعه إلى أن المقصود غير واقع و الصالح للوقوع غير مقصود،لأنه غير مريد للواحده المقيده بقيد الوحده.

و أجيب عنه بأن قصد الثلاث يستلزم قصد كل واحده،و فيه ما تقدم فى صدر المسأله فى الجواب عما استدل به فى المختلف.

(و ثانيا)الروايات،و هى التى عليها المعول فى الاستدلالات،لما عرفت ما فى هذه الأدله العقليه من المناقضات.

و منها ما رواه

الشيخ (1)فى الصحيح عن ابن مسكان عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«من طلق ثلاثا فى مجلس فليس بشىء،من خالف كتاب الله رد إلى كتاب الله».

و عن على بن إسماعيل (2)قال:

«كتب عبد الله بن محمد إلى أبى الحسن عليه السلام:

جعلت فداك روى أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يطلق امرأته ثلاثا بكلمه واحده على طهر بغير جماع بشاهدين أنه يلزمه تطليقه واحده،فوقع بخطه عليه السلام:

أخطأوا على أبى عبد الله عليه السلام أنه لا يلزم الطلاق،و يرد إلى كتاب الله و سنته إن شاء الله».

أقول:و الذى يظهر لى فى الجمع بين أخبار المسأله هو حمل ما دل أنها واحده على ما إذا وقع الطلاق بصيغ ثلاث فى مجلس واحد،فإنه هو المتبادر من هذه العباره بالتقريب الذى عرفته آنفا،و حمل الأخبار الداله على أنه ليس بشىء

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۵۴ ح ۹۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱۳ ب ۲۹ ح ۸.
۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۵۶ ح ۱۰۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱۶ ب ۲۹ ح ۱۹ و فيهما اختلاف يسير.

و أنه باطل على ما إذا وقع الطلاق بصيغه واحده تضمنت لفظ«ثلاثا»و العامه هنا على لزوم الطلاق و كونه بائنا لا تحل له بعده إلا بالمحلل كما عرفت،و الأئمه عليهم السلام قد ردوه و حكموا ببطلانه رأسا.

و توضيح هذا الجمع مكاتبه عبد الله بن محمد المذكوره حيث إنها تضمنت تخطئه من حكم بالواحده فى صوره تضمن الطلاق ثلاثا بكلمه واحده،و منه يفهم أن كونه واحده فى الأخبار المتقدمه إنما هو فى صوره تعدد الصيغه ثلاثا فى مجلس واحد،و قد حكم عليه السلام فى الخبر ببطلان ذلك،و أنه لا يلزمه طلاق مطلقا،لا واحده كما هو المشهور عندهم،و لا أزيد كما ذهب إليه العامه،بل هو باطل يرد إلى الكتاب و السنه،فهو ظاهر فى الجمع المذكور بكل طرفيه،و يؤكده ما تقدم من التقريب المشار إليه.

و مما يؤيد البطلان متى كان دفعه واحده دون أن يكون ذلك تطليقه واحده ما رواه

الراوندى فى كتاب الخرائج عن هارون بن خارجه (۱)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت إنى ابتليت فطلقت أهلى ثلاثا فى دفعه،فسألت أصحابنا فقالوا:ليس بشىء،و أن المرأه قالت:لا أرضى حتى تسأل أبا عبد الله عليه السلام،فقال:ارجع إلى أهلك فليس عليك شىء».

و بالجمله فإنه ليس لما ذكرناه من هذا الجمع مناف إلا شهره الحكم بين أصحابنا بكونه يقع واحده متى كان الطلاق بصيغه واحده مشتمله على لفظ «ثلاثا»و على ما ذكرناه من أن الطلاق ثلاثا فى مجلس بلفظ«ثلاثا»خاصه دون تعدد الصيغ باطل من أصله تحمل الأخبار المتكاثره القائله (۲)

«إياكم و المطلقات ثلاثا فى مجلس واحد،فإنهن ذوات أزواج».

۱- ۱) الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱۹ ب ۲۹ ح ۲۹.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۵۸ و ۵۶ ح ۱۰۹ و ۱۰۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱۶ ب ۲۹ ح ۲۰ و ۲۱.

و من هنـا يمكن الاسـتدلال للقول بالبطلان بهـذه الأخبار،فإن المطلقه ثلاثا فى مجلس واحـد بمعنى تثليث الصـيغ لا خلاف و لا إشـكال فى كونه يقع واحـده،فلم يبق إلاـ الحمـل على إيقـاع الصـيغه بلفـظ ثلاثا الـذى هو محل البحث هنا و قـد حكموا عليهم السـلام بالبطلان،و أن المطلقات كـذلك ذوات أزواج.إلا أن الشـيخ لحكمه بوقوع الثلاث واحده فى الصوره المذكوره كما هو المشهور حمل هذه الأخبار على اختلاف بعض الشرائط الموجبه لصحه الطلاق،و لا يخفى بعده.

و يؤيد الروايات المذكوره ما قدمناه من الأخبار (۱)الداله على أنه إذا أراد الرجل تزويج المطلقه ثلاثا انتظر أن تكون فى طهر و أتى بشاهدين معه، و سأل زوجها هل طلقت فلانه؟فإذا قال نعم فهى تطليقه،تعتد بعدها عده المطلقه،ثم يتزوجها،فإنها أظهر ظاهر فى بطلان الطلاق الأول الذى وقع من المخالف.

لكن بإزاء هـذه الأخبار أيضا أخبار أخر تـدل على جواز التزويج فى هذه الصوره من غير الاحتياج إلى طلاق آخر،إلزاما لهم بما ألزموا به أنفسهم.

و منها ما رواه

فى التهذيب (۲)عن إبراهيم بن محمد الهمدانى فى الصحيح أو الحسن قال:

«كتبت إلى أبى جعفر عليه السـلام مع بعض أصـحابنا فأتـانى الجواب بخطه الشـريف:فهمت مـا ذكرت من أمر بنتـك و زوجها فأصـلح الله لك ما تحب صـلاحه فأما ما ذكرت من خسته بطلاقها غير مره،فانظر يرحمك الله فإن كان ممن يتولانا و يقول بقولنا فلا طلاق عليه،لأنه لم يأت أمرا جهله،و إن كان ممن يتولانا و يقول بقولنا فاختلعها منه فإنه إنما نوى الفراق بعينه».

و عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله (۳)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت:امرأه طلقت

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۵۹ ح ۱۱۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۳ ب ۳۱ ح ۱ و ۲.

۲- ۲) التهـذيب ج ۸ ص ۵۷ ح ۱۰۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۰ ب ۳۰ ح ۱، و فيهمـا«أبى جعفر الثانى»و كـذلك«و من حنته»و أيضا«و ان كان ممن لا يتولانا و لا يقول بقولنا فاختلعها منه».

۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۵۸ ح ۱۰۷،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۲۰ ب ۳۰ ح ۳.

على غير السنه،قال:تتزوج هذه المرأه،و لا تترك بغير زوج».

و عن عبد الله بن سنان (۱)قال:

«سألته عن رجل طلق امرأته بغير عده ثم أمسک عنها حتی انقضت عدتها،هل يصلح لی أن أتزوجها؟قال:نعم،لا تترک المرأه بغير زوج».

و عن ابن جبله (۲)قال:

«حدثنی غير واحد من أصحاب علی بن أبی حمزه عن علی بن أبی حمزه أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن المطلقه علی غير السنه،أ يتزوجها الرجل؟فقال:ألزموهم من ذلک ما ألزموا أنفسهم،و تزوجوهن فلا بأس بذلک

قال الحسن:و سمعت جعفر بن سماعه

و سئل عن امرأه طلقت علی غير السنه، أ لی أن أتزوجها؟فقال:نعم.قلت:أ ليس تعلم أن علی بن حنظله روی إياكم و المطلقات علی غير السنه فإنهن ذوات أزواج؟فقال:يا بنی روايه علی بن أبی حمزه أوسع علی الناس،قلت:و أی شیء روی علی بن أبی حمزه؟قال:روی عن أبی الحسن عليه السلام أنه قال:ألزموهم من ذلک ما ألزموه أنفسهم،و تزوجوهن فإنه لا بأس بذلک».

و عن عبد الأعلى (۳)عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا،قال:إن كان مستحقا بالطلاق ألزمته ذلک».

و عن أبی العباس البقباق (۴)قال:

«دخلت علی أبی عبد الله عليه السلام قال:فقال لی:ارو عنی أن من طلق امرأته ثلاثا فی مجلس واحد فقد بانت منه».

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۵۸ ح ۱۰۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۱ ب ۳۰ ح ۴ و فيهما اختلاف يسير.
۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۵۸ ح ۱۰۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۱ ب ۳۰ ح ۵ و فيهما اختلاف يسير.
۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۵۹ ح ۱۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۱ ب ۳۰ ح ۷ و فيهما«مستخفا».
۴- ۴) التهذيب ج ۸ ص ۵۹ ح ۱۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۱ ب ۳۰ ح ۸ و فيهما «أبی العباس البقباق».

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن جعفر بن محمد بن عبد الله عن أبیه قال:

«سألت أبا الحسن الرضا علیه السلام عن تزویج المطلقات ثلاثا،فقال لی:إن طلاقکم لا یحل لغیرکم، و طلاقهم یحل لکم،لأنکم لا ترون الثلاث شیئا و هم یوجبونها».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۲)عن جعفر بن محمد العلوی قال:

«سألت أبا الحسن الرضا علیه السلام»الحدیث،. بدون قوله«و هم یوجبونها».

إذا عرفت ذلک فاعلم أنه قد صرح الأصحاب بأنه لو کان المطلق مخالفا یعتقد الطلاق ثلاثا لزمته،و کذا کل طلاق علی غیر السنه مما یحکمون بلزومه و صحته کوقوع الطلاق بغیر إشهاد و وقوعه فی الحیض و بالیمین و بالکنایه مع النیه،فإنه فی جمیع هذه المواضع یلزمون بصحته و یحکم علیهم بذلک،و استدلوا علی ذلک بجمله من الأخبار المتقدمه،مثل صحیحه إبراهیم بن محمد الهمدانی و روایه علی بن أبی حمزه و روایه عبد الأعلی،و ما ذکروه-رحمه الله علیهم-و دلت علیه الأخبار المذکوره من إلزامهم بذلک و الحکم علیهم به مما لا إشکال فیه،مضافا إلی الإجماع المدعی علیه کما نقله فی المسالک.

و یؤیده أیضا ما رواه

محمد بن مسلم فی الموثق (۳)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

« سألته عن الأحکام،قال:یجوز علی کل ذی دین ما یستحلونه». و روایه عبد الله بن محرز(۴)الوارده فی المیراث.

۱- ۱) لم نعثر علیه فی الکافی بل وجدناه فی الفقیه مرسلا ج ۳ ص ۲۵۷ ح ۵ عن الصادق علیه السلام مع اختلاف یسیر،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۱ ب ۳۰ ح ۹.

۲- ۲) التهذیب ج ۳ ص ۵۹ ح ۱۱۲ و قد وجدنا فیها عباره«و هم یوجبونها».

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۳۲۲ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۷ ص ۴۸۴ ب ۴ ح ۴.

إنما الإشكال فی أن جمله من هذه الروایات قد صرحت بجواز تزویج تلک المرأه المطلقه بهذا الطلاق الجاری علی غیر السنه،مع ما عرفت من الروایات الداله علی أن المطلقات علی غیر السنه ذوات أزواج،فلا یجوز تزویجهن، و الأخبار الداله علی أنه متی أراد الرجل تزویج واحده ممن طلقت کذلک انتظر طهرها و أتی بشاهدین معه فسأل زوجها هل طلقت فلانه؟فإذا قال نعم کانت تطلیقه و اعتدت لها،فإذا خرجت من العده جاز تزویجها.

و المنافاه بین هذه الروایات ظاهره و لم أر من تعرض لوجه الجمع بینها.و الظاهر خروج هذه الأخبار الداله علی الجواز مخرج الرخصه فی التزویج بهن،و إلیه یشیر کلام جعفر بن سماعه المتقدمه و إن کان الأصل و الأفضل هو المنع.

و مما یستأنس به لذلک

روایه شعیب الحداد (1)قال:

قلت لأبی جعفر علیه السلام:

رجل من موالیک یقرؤک السلام،و قد أراد أن یتزوج امرأه قد وافقته و أعجبه بعض شأنها،و قد کان لها زوج،فطلقها ثلاثا علی غیر السنه،و قد کره أن یقدم علی تزویجها حتی یستأمرک فتکون أنت آمره،فقال أبو عبد الله علیه السلام:هو الفرج و أمر الفرج شدید،و منه یکون الولد،و نحن نحتاط فلا یتزوجها».

فإن الظاهر أن هذا المنع علی وجه الأفضلیه،فالاحتیاط هنا مستحب، و إن جاز التزویج رخصه بالأخبار المتقدمه.

و یمکن الجمع بین هذه الأخبار بأنه إن کانت الزوجه مخالفه جاز

1- 1) الکافی ج 5 ص 423 ح 2،الوسائل ج 14 ص 193 ب 157 ح 1 و فیهما«قلت لأبی عبد الله علیه السلام»و کذلک«أنت تأمره».

تزويجها،و إليه يشير حديث الإلزام بما ألزموا أنفسهم (۱)،و إن كانت مؤمنه فلا إلا بطلاق جديد.إلا أنه ينافيه ظاهر خبر إبراهيم بن محمد الهمدانی مع عدم الإشاره إليه فی شیء من هذه الأخبار.

الركن الرابع فی الاشهاد:

اشاره

و فيه مسائل:

[المسأله] الأولی [اشتراط الاشهاد فی صحه الطلاق]

اتفق النص و الفتوی علی اشتراط الاشهاد فی صحه الطلاق،فلا بد من حضور شاهدين حال إنشاء الطلاق،و لو تجرد عنهما بطل،و بذلک تکاثرت الأخبار.

و منها قوله عليه السلام

فی صحيحه محمد بن مسلم (۲)

«طلاق السنه يطلقها تطليقه يعنی علی طهر من غير جماع بشهاده شاهدين»الحديث.

و قوله عليه السلام

فی صحيحه زراره (۳)

«فإذا خرجت من طمثها طلقها تطليقه من غير جماع،و يشهد شاهدين علی ذلک»الحديث.

و قوله عليه السلام

فی صحيحه أبی بصير (۴)

«فإذا طهرت طلقها واحده بشهاده شاهدين -إلی أن قال:-فإن طلقها واحده أخری علی طهر من غير جماع بشهاده شاهدين ثم تركها حتی يمضی أقراؤها-إلی أن قال أيضا:-و أما طلاق الرجعه فإنه يدعها حتی تحيض و تطهر ثم يطلقها بشهاده شاهدين»الحديث.

و فی حسنه زراره و محمد بن مسلم (۵)و من معهما عن أبی جعفر و أبی عبد الله عليهما السلام

«أنهما قالا:و إن طلقها فی استقبال عدتها طاهرا من غير جماع و لم يشهد علی ذلک رجلين عدلين فليس طلاقه إياها بطلاق».

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۵۸ ح ۱۰۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲۱ ب ۳۰ ح ۵.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۶۴ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۲۵ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴۴ ب ۱ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۶۵ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۲۶ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴۴ ب ۱ ح ۲.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۶۶ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴۵ ب ۱ ح ۳ و ص ۳۴۹ ب ۲ ح ۲ و فیهما اختلاف یسیر.

۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۶۰ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۲ ب ۱۰ ح ۳.

و حسنه زراره و محمد بن مسلم (۱)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«الطلاق لا یکون بغیر شهود،و الرجعه بغیر شهود»الحدیث.

و روایه أبی الصباح الکنانی (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«من طلق بغیر شهود فلیس بشیء». إلی غیر ذلک من الأخبار التی تأتی إن شاء الله فی المباحث الآتیه.

ثم إنه لا بد من شهادتهما مجتمعین،فلا یجزی لو کانا متفرقین.

و یدل علیه ما رواه

فی الکافی (۳)فی الصحیح أو الحسن عن البزنطی قال:

« سألت أبا الحسن علیه السلام عن رجل طلق امرأته علی طهر من غیر جماع و أشهد الیوم رجلا،ثم مکث خمسه أیام،ثم أشهد آخر،فقال إنما أمر أن یشهدا جمیعا».

و ما رواه

فی التهذیب (۴)فی الصحیح عن ابن بزیع عن الرضا علیه السلام قال:

«سألته عن تفریق الشاهدین فی الطلاق؟فقال:نعم،و تعتد من أول الشاهدین،و قال:لا یجوز حتی یشهدا جمیعا».

أقول:صدر الخبر مراد به الأداء بمعنی جواز تفریق الشاهدین فی أداء الشهاده و لهذا قال«من أولها»فإن إخبارها بالطلاق بعد وقوعه کاف فی الشروع فی العده،و التزویج یتوقف علی الثانی لثبوت الطلاق بذلک،و عجز الخبر مراد به التحمل کما دل علیه الخبر الأول.

و قال الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی (۵):

و إذا أراد الرجل أن یطلق امرأته یتربص بها حتی تحیض و تطهر،ثم یطلقها تطلیقه واحده فی قبل عدتها بشاهدین عدلین فی مجلس واحد،فإن أشهد علی الطلاق رجلا واحدا ثم أشهد بعد

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۷۳ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۱ ب ۱۳ ح ۳ و فیهما اختلاف یسیر.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۶۰ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۳ ب ۱۰ ح ۶.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۷۱ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۱ ب ۲۰ ح ۱.

۴- ۴) التهذيب ج ۸ ص ۵۰ ح ۷۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۱ ب ۲۰ ح ۲.

۵- ۵) فقه الرضا ص ۲۴۱.

ذلک برجل آخر لم یجز ذلک الطلاق،إلا أن یشهدهما جمیعا فی مجلس واحد بلفظ واحد.إلخ. و یکفی سماعهما فی الشهاده علی الطلاق،و لا یشترط استدعاؤهما لذلک لأن الشهاده لا یشترط فی ثبوتها فی نفسها طلبها من الشهود.

و علی ذلک یدل ما رواه

فی الکافی (۱)فی الصحیح أو الحسن عن أحمد بن محمد ابن أبی نصر قال:

«سألت أبا الحسن علیه السلام عن رجل کانت له امرأه طهرت من حیضها فجاء إلی جماعه فقال:فلانه طالق،أ یقع علیها الطلاق و لم یقل اشهدوا؟قال:نعم».

و عن صفوان بن یحیی (۲)عن أبی الحسن الرضا علیه السلام قال:

«سألته عن رجل طهرت امرأته من حیضها فقال فلانه طالق،و قوم یسمعون کلامه،و لم یقل لهم اشهدوا،أ یقع الطلاق علیها؟قال:نعم،هذه شهاده».

و هل یشترط فی الشهاده علی الطلاق العلم بالمطلقه؟ظاهر السید السند فی شرح النافع ذلک،و لم أقف لغیره علی کلام فی هذا المقام.

قال-رحمه الله علیه-:و اعلم أن الظاهر من اشتراط الإشهاد أنه لا بد من حضور شاهدین یشهدان الطلاق بحیث تتحقق معه الشهاده بوقوعه،و إنما یحصل ذلک مع العلم بالمطلقه علی وجه یشهد العدلان بوقوع طلاقها،فما اشتهر بین أهل زماننا من الاکتفاء بمجرد سماع العدلین صیغه الطلاق-و إن لم یعلما المطلق و المطلقه بوجه-بعید جدا،بل الظاهر أنه لا أصل له فی المذهب،فإن النص و الفتوی متطابقان علی اعتبار الاشهاد،و مجرد سماع صیغه لا یعرف قائلها لا یسمی إشهادا قطعا،و ممن صرح باعتبار علم الشهود بالمطلقه الشیخ-رحمه الله- فی النهایه،فإنه قال«و متی طلق و لم یشهد شاهدین ممن ظاهره الإسلام کان طلاقه غیر واقع،ثم قال:و إذا أراد الطلاق فینبغی أن یقول:فلانه طالق،و یشیر إلی المرأه بعد أن یکون العلم قد سبق بها من الشهود،فیقول هذه طالق».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۷۲ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۲ ب ۲۱ ح ۱ و فیهما اختلاف یسیر.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۷۲ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۲ ب ۲۱ ح ۲ و فیهما اختلاف یسیر.

و يدل على ذلک-مضافا إلى ما ذكرناه من عدم تحقق الاشهاد بدون العلم بالمطلقه-ما رواه

الكلينى عن محمد بن أحمد بن مطهر (۱)قال:

«كتبت إلى أبى الحسن صاحب العسكر عليه السلام:إنى تزوجت نسوه لم أسأل عن أسمائهن ثم أريد طلاق إحداهن و تزويج امرأه أخرى،فكتب عليه السلام:انظر إلى علامه إن كانت بواحده منهن فتقول:اشهدوا أن فلانه التى لها علامه كذا و كذا هى طالق،ثم تزوج الأخرى إذا انقضت العده». انتهى كلامه.

أقول:ظاهر كلامه أن مراده بالعلم بالمطلقه و المطلق هو العلم الموجب لتميزها و تشخصها دون العلم فى الجمله،و إلا فالعلم فى الجمله مما لا إشكال فيه و لا مريه يعتريه،لا من أهل زمانه و لا من غيرهم،و هو الذى جرى عليه كافه من حضرنا مجالسهم من مشايخنا المعاصرين.

و أما العلم بالمعنى الذى ذكر،فلا أعرف عليه دليلا واضحا،و جميع ما استدل به فى المقام لا يخلو من النظر الظاهر لذوى الأفهام،مع قيام صريح الدليل-كما ستعرف إن شاء الله تعالى-على خلافه.

فأما ما ذكره من عدم تحقق الاشهاد بدون العلم بالمطلقه،ففيه ما ذكرناه من التفصيل،بأنه إن أراد العلم بها على وجه تميزها و تشخصها فهو ممنوع، و هو عين المدعى،لا بد لإثباته من دليل،و إن أراد فى الجمله فهو مسلم،و الأمر كذلک،فإنه لو قال:زوجتى فاطمه طالق،و الشهود ليس لهم معرفه سابقه بها إلا بهذا الاسم الذى ذكره فى هذه الحال،فإنه كاف فى العلم بها.و كذلک المطلق إذا علموا أن اسمه زيد مثلا فإنه يكفى فى العلم به،و لا يشترط أزيد من ذلک.

و على هذا تدل عباره الشيخ التى نقلها دون ما عداه،فإن قوله«فينبغى

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۵۶۳ ح ۳۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۰۱ ب ۳ ح ۳ و فيهما اختلاف يسير.

أن يقول:فلانه طالق»يعنی یسمی المطلقه باسمها العلمی کما ذکرناه،و مع عدم معرفه اسمها العلمی فلا بد من شیء یدل علی التعیین لوجوبه فی صحه الطلاق کما تقدم،بأن یشیر إلی امرأه جالسه و یقول هذه طالق،بعد علم الشهود بها و لو فی الجمله بأن تکون بنت فلان أو أخت فلان أو البصریه أو الکوفیه أو نحو ذلک مما یفید العلم فی الجمله.

و أما الخبر الذی ذکره،فإنه تضمن أن الزوج لا یعرف أسماء النساء، و الحال أنه یرید طلاق واحده منهن،و من شروط الطلاق کما تقدم تعیین المطلقه فلا یصح لو کان عنده زوجات متعدده أن یقول:إحداکن طالق و نحوه،و إن خالف فی ذلک بعض الأصحاب کما تقدم،إلا أن الأشهر الأظهر وجوب التعیین، و حینئذ فإذا تعذر معرفه الاسم العلمی لیعبر به فی صیغه الطلاق فلا بد من لفظ یفید التعیین،مثل أن یعلمها بعلامه تزیل الاشتراک و توجب التعیین،و ظاهر الخبر أنه لو کان یعرف أسمائهن و طلق واحده منهن بالاسم العلمی لصح الطلاق، و لم یشترط زیاده علی ذلک،و أنه إنما صار إلی التعیین بالعلامه لتعذر معرفه الاسم العلمی،و هذا عین ما نقول به و لا دلاله فیه علی العلم الذی یدعیه،بل غایته العلم فی الجمله.

و مما یدل صریحا علی ما قلناه و ینادی بصحه ما ادعیناه ما رواه

فی الکافی (1)عن علی بن إبراهیم عن أبیه و عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد جمیعا عن ابن محبوب عن ابن رئاب عن أبی بصیر یعنی المرادی قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن رجل یتزوج أربع نسوه فی عقده واحده أو قال فی مجلس واحد و مهورهن مختلفه،قال:جائز له و لهن،قلت:أ رأیت إن هو خرج إلی بعض البلدان فطلق واحده من الأربع،

1- 1) الکافی ج ۷ ص ۱۳۱ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۹۳ ح ۲۳۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۳ ب ۲۳ ح ۱،و ما فی المصادر اختلاف یسیر،و لفظه«لیس»غیر موجوده فی الکافی و الوسائل و لعلها سقطت من الرواه أو النساخ کما أشار إلیها المعلق فی الکافی فراجع.

و أشهد على طلاقها قوما من أهل تلك البلاد و هم لا يعرفون المرأه،ثم تزوج امرأه من أهل تلك البلاد بعد انقضاء عده تلك المطلقه،ثم مات بعد ما دخل بها، كيف يقسم ميراثه؟قال:إن كان له ولد فإن للمرأه التى تزوجها أخيرا من تلك البلاد ربع ثمن ما ترك،و إن عرفت التى طلقت بعينها و نسبها فلا شىء لها من الميراث و ليس عليها العده،قال:و تقسم الثلاث النسوه ثلاثه أرباع ثمن ما ترك،و عليهن العده،و إن لم تعرف التى طلقت من الأربع قسمن النسوه ثلاثه أرباع ثمن ما ترك بينهن جميعا و عليهن جميعا العده».

و رواه الشيخ فى الصحيح عن الحسن بن محبوب،و طريقه إليه صحيح، و هو مع صحه سنده صريح فى صحه طلاق من لم يعرفها الشهود،و من الظاهر أن هذه المعرفه المنفيه إنما هى المعرفه الشخصيه التى ادعاها،و إلا فإنه لا بد فى صحه الطلاق من التعيين الموجب لوقوع الطلاق على واحده معينه،و لا ينافيه الاشتباه المذكور فى آخر الروايه،لجواز أن يكون القوم الذين طلق بحضورهم قد نسوا الاسم الذى سماها به.

و بالجمله فالخبر ظاهر بل صريح فى خلاف ما ادعاه.نعم ربما يدل على ما ذكره ما رواه

الشيخ (۱)فى الحسن عن حمران عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«لا يكون خلع و لا تخيير و لا مباراه إلا على طهر من المرأه من غير جماع و شاهدين يعرفان الرجل و يريان و يعرفان المرأه و يحضران التخيير،و إقرار المرأه أنها على طهر من غير جماع يوم خيرها.فقال له محمد بن مسلم:ما إقرار المرأه هاهنا؟قال:يشهد الشاهدان عليها بذلك للرجل،حذار أن تأتى بعد فتدعى أنه خيرها و هى طامث،فيشهدان عليها بما سمعا منها»الحديث.

إلا أن ظاهر هذا الخبر لم يتضمن الطلاق،و هو غير هذه الأشياء المذكوره،

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۹۹ ح ۳۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۴ ب ۲۳ ح ۲ و فيهما اختلاف يسير.

و یمکن حمله علی الاستحباب و الاحتیاط.

و بالجمله فإن ما ذکرنا من الاکتفاء بالمعرفه الإجمالیه هو الـذی جری علیه مشایخنا الـذین عاصـرناهم و حضـرنا مجالس طلاقهم کما حکاه هو أیضا عما اشـتهر فی زمانه،و أما ما ادعاه-رحمه الله-فلم أقف له علی موافق،و لا دلیل یعتمـد علیه،و لم أقف لأحد من أصحابنا علی بحث فی هذه المسأله سوی ما نقلناه عنه، و قد عرفت ما فیه.

المسأله الثانیه [فی اعتبار العداله فی الشاهدین و معنی العداله]

المشهور بین الأصحاب اعتبار العداله فی الشاهدین،و علیه یدل ظاهر الآیه،و هو قوله تعالی «ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ» (1)و التقریب فیها أن الخطاب للمسـلمین،فالإسلام مستفاد من قوله منکم،و یبقی اعتبار العداله أمرا زائدا علی الإسلام،فلا یکفی مجرد الإسلام کما ادعاه جمله من الأعلام،أو لهم الشیـخ فی بعض کتبه.و قد وافق علی الاسـتدلال بالآیه شـیخنا الشهید الثانی فی المسالک فی هذا الکتـاب و إن خـالف نفسه فی کتـاب الشـهادات فـارتکب التأویـل فیهـا بما یخرجها عن الاسـتدلال بها بما لا یخفی ضـعفه علی المتأمل فی هذا المقال.

و من الاخبار الداله علی ما ذکرناه من اشتراط العداله قول الصادقین علیهما السلام فی

صحیحه الفضلاء (2)

«و إن طلقها فی استقبال عدتها طاهرا من غیر جماع،و لم یشهد علی ذلک رجلین عدلین فلیس طلاقه إیاها بطلاق».

و قول أبی جعفر علیه السلام فی حسنه بکیر و غیره (3)

«و إن طلقها للعده بغیر شاهدی عدل فلیس طلاقه بطلاق».

و قول أمیر المؤمنین علیه السلام فی روایه محمد بن مسلم (4)

«أشهدت رجلین عدلین کما أمر الله عز و جل؟فقال:لا،فقال:اذهب فإن طلاقک لیس بشیء».

1- 1) سوره الطلاق-آیه ۲.

2- 2) الکافی ج ۶ ص ۶۰ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۲ ب ۱۰ ح ۳.

3- 3) الکافی ج ۶ ص ۶۱ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۲ ب ۱۰ ح ۲.

4- 4) الکافی ج ۶ ص ۶۰ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۳ ب ۱۰ ح ۷ و فیهما اختلاف یسیر.

و قول أبی جعفر علیه السلام فی صحیحه زراره (۱)

«ثم یطلقها تطلیقه من غیر جماع و یشهد شاهدین عدلین و یراجعها»الحدیث.

و قول أبی الحسن علیه السلام فی حسنه أحمد بن محمد بن أبی نصر (۲)

«یطلقها إذا طهرت من حیضها قبل أن یغشاها بشاهدین عدلین کما قال الله عز و جل فی کتابه، فإن خالف ذلک رد إلی کتاب الله تعالی».

إلی غیر ذلک من الأخبار التی یقف علیها المتتبع،و بذلک یظهر لک ضعف القول بالاکتفاء بمجرد الإسلام کما تقدم نقله عن الشیخ،و تبعه فیه جمله من الأعلام،منهم شیخنا الشهید الثانی و سبطه فی شرح النافع و المحدث الکاشانی فی المفاتیح.قال فی النهایه:و متی طلق و لم یشهد شاهدین ممن ظاهره الإسلام کان طلاقه غیر واقع-ثم قال:-فإن طلق بمحضر من رجلین مسلمین و لم یقل لهما اشهدا وقع طلاقه،و جاز لهما أن یشهدا بذلک.

أقول:هکذا نقل عنه السید السند فی شرح النافع،و فیه أنه و إن ذکر هذا الکلام فی کتاب الطلاق إلا أنه قال فی کتاب الشهادات:العدل الذی یجوز قبول شهادته للمسلمین و علیهم هو أن یکون ظاهره ظاهر الایمان،ثم یعرف بالستر و العفاف،و الکف عن البطن و الفرج و الید و اللسان،و یعرف باجتناب الکبائر التی أوعد الله علیها النار من شرب الخمر-إلی أن قال:-و غیر ذلک الساتر لجمیع عیوبه،و یکون متعاهدا للصلوات الخمس مواظبا علیهن حافظا لمواقیتهن متوفرا علی حضور جماعه المسلمین غیر متخلف عنهم إلا لمرض أو عله أو عذر،و هو کما تری مضمون ما دلت علیه صحیحه ابن أبی یعفور (۳)الوارده

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۶۵ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۶۷ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۲ ب ۱۰ ح ۴.

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۲۴ ح ۱،التهذیب ج ۶ ص ۲۴۱ ح ۱،الوسائل ج ۱۸ ص ۲۸۸ ب ۴۱ ح ۱.

فی تعریف العداله،ثم قال:و یعتبر فی شهاده النساء الایمان و الستر و العفاف و طاعه الأزواج،و ترک البذاء و التبرج إلی أندیه الرجال،انتهی.

و حینئذ فما ذکره من العباره المذکوره فی النکاح إنما أجمل فیها اعتمادا علی ما قدمه فی کتاب الشهادات حیث إنه ذکره أولا قبل کتاب النکاح،و إلا للزم التناقض بین کلامیه فی کتاب واحد،نعم ظاهره فی المبسوط ذلک،إلا أن ظاهر کلام شیخنا الشهید الثانی فی المسالک أن الخلاف هنا غیر الخلاف المشهور فی معنی العداله،من أنها عباره عن الملکه الراسخه کما هو المشهور بین المتأخرین أو الإسلام،و أن کلام الشیخ هنا مبنی علی ذلک.

قال فی المسالک فی هذا المقام:و هل المعتبر فی العداله هنا ظهورها بترک المعاصی و القیام بالواجبات مع الایمان الخالص کما اعتبر فی غایره من الشهادات؟أم یکفی الإسلام و إن انتفی الایمان الخالص و العداله بالمعنی المشهور؟ و الأشهر الأول-إلی أن قال:-القول بالاکتفاء فیهما هنا بالإسلام للشیخ فی النهایه و جماعه منهم القطب الراوندی،إما بناء علی أن الأصل فی المسلم العداله أو خصوص

روایه أحمد بن محمد بن أبی نصر البزنطی (۱)الحسنه قال:

«سألت أبا الحسن علیه السلام عن رجل طلق امرأته بعد ما غشیها بشهاده(شاهدین خ ل)عدلین،فقال:لیس هذا طلاقا،فقلت:جعلت فداک کیف طلاق السنه؟فقال:یطلقها إذا طهرت من حیضها قبل أن یغشاها بشهاده عدلین کما قال الله عز و جل فی کتابه،فإن خالف ذلک یرد إلی کتاب الله تعالی،فقلت له:فإن طلق علی طهر من غیر جماع بشاهد و امرأتین؟ فقال:لا تجوز شهاده النساء فی الطلاق،و قد تجوز شهادتهن مع غیرهن فی الدم إذا حضرنه،فقلت:فإن أشهد رجلین ناصبین علی الطلاق،أ یکون طلاقا؟فقال:من ولد علی الفطره أجیزت شهادته علی الطلاق بعد أن یعرف منه خیرا».

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۴۹ ح ۷۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۲ ب ۱۰ ح ۴ و فیهما اختلاف یسیر.

و هـذه الروايه واضـحه الاسـناد و الدلاله على الاكتفاء بشـهاده المسـلم فى الطلاق و لا يرد أن قوله«بعد أن يعرف منه خيرا»ينافى ذلـك،لأن الخير قـد يعرف من المؤمن و غيره،هو نكره فى سـياق الإثبات لا يقتضـى العموم،فلا ينافيه مع معرفه الخير منه بالـذى أظهر من الشـهادتين و الصـلاه و الصـيام و غيرها من أركان الإسـلام أن يعلم منه ما يخالف الاعتقاد الصحيح لصدق معرفه الخير منه معه،و فى الخبر -مع تصديره باشتراط شهاده عدلين ثم اكتفاؤه بما ذكر-تنبيه على أن العداله الإسلام و إذا أضيف إلى ذلك أن لا يظهر الفسق كان أولى،انتهى.

قـال سـبطه فى شـرح النـافع بعـد نقـل ذلـك عنه:هـذا كلامـه-رحمه الله-و هو جيـد،و الروايه الاولى مع صـحتها داله على ذلك أيضـا،فـإن الظـاهر أن التعريف فى قوله عليه السـلام فيهـا«و عرف بالصـلاح فى نفسه»للجنس لا للاسـتغراق و هاتان الروايتان مع صحبتهما سالمتان من المعارض فيتجه العمل بهما.

أقول:أشار بالروايه الاولى إلى ما قدمه فى كلامه من استدلاله لهذا القول

بصحيحه عبد الله بن سنان (۱)قال:

«قلت للرضـا عليه السـلام:رجـل طلق امرأته و أشـهد شاهـدين نـاصبين،قال:كل من ولـد على الفطره و عرف بالصـلاح فى نفسـه جازت شـهادته». ثم أورد روايه أحمد بن محمد بن أبى نصير و أردفها بكلام جده المذكور فى تقريب الاستدلال بها من قوله«و هذه الروايه واضحه الإسناد.إلخ».

و أنت خبير بأنا قد قدمنا فى بحث صـلاه الجمعه من المجلد الثانى فى الصـلاه (۲)تحقيق الكلام فى هذا المقام،و أحطنا بأطراف النقض و الإبـرام،و أوضـحنا مـا فى كلام هـذين الفاضـلين من البطلان الظاهر لجمله الأفهام،و أنه من أفحش الأوهام الناشـئه عن الغفله و عدم التدبر لأخبار أهل الذكر عليهم السلام،إلا أنه ربما عسر

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۲۸ ح ۱۸،التهذيب ج ۶ ص ۲۸۳ ح ۱۸۳،الوسائل ج ۱۸ ص ۲۹۰ ب ۴۱ ح ۵ و ما فى المصادر«عبد الله بن المغيره».

۲- ۲) الحدائق ج ۱۰ ص ۱۲.

على الناظر فى هذا الكتاب مراجعه ذلك الكتاب المذكور فيجره الوهم و التعصب لهذين الفاضلين إلى نسبه كلامنا إلى الضعف و القصور لما جبلت عليه قرايح أبناء الوقت و الزمان من التعويل على أقوال المتقدمين دون الأقران،فلا علاج إنا ارتكبنا مراره التكرار لازاحه هذا الوهم عن تلك الأفكار،فنقول:إن هذا الكلام باطل من وجوه:

الأول:ما قدمنا ذكره من دلاله الآيه و الأخبار على أن العداله أمر زائد على مجرد الإسلام،المعتضد ذلك بدلاله جمله من الأخبار كصحيحه ابن أبى يعفور (1)المشهوره و غيرها مما قدمنا ذكره فى ذلك الكتاب،الدال جميع ذلك على أنها عباره عن التقوى و الصلاح و العفاف و نحوها،و بذلك يظهر ما فى قول سبطه من أنهما سالمتان من المعارض فيتجه العمل بهما.

الثانى:أنه لا خلاف بين أصحابنا من هؤلاء القائلين بهذا القول و غيرهم فى كفر الناصب و نجاسته و حل ماله و دمه،و أن حكمه حكم الكافر الحربى، و إنما الخلاف فى المخالف الغير الناصب هل يحكم بإسلامه كما هو المشهور بين المتأخرين؟أم بكفره كما هو المشهور بين المتقدمين؟و الروايتان قد اشتملتا على شهاده الناصبين على الطلاق،فكيف يتم الحكم بالإسلام؟ثم صحه الطلاق فرعا على ذلك مع الاتفاق نصا و فتوى على الكفر،إلا أن يريدوا بالإسلام مجرد انتحال الإسلام،فيدخل حينئذ فيه الخوارج و المجسمه و المشبهه فيكون ظلمات بعضها فوق بعض.

ثم لو تنزلنا عن ذلك و حملنا الناصب فى الخبرين على المخالف كما ربما يدعيه الخصم،حيث إن مذهبهم الحكم بإسلام المخالفين،فإنا نقول:إن قبول شهاده المخالف مخالف للأدله الشرعيه كتابا و سنه لدلالتها على عدم جواز

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۲۴ ح ۱،الوسائل ج ۱۸ ص ۲۸۸ ب ۴۱ ح ۱.

قبول شهاده الفاسق و الظالم،و أی فسق و ظلم أظهر من الخروج من الایمان و الإصرار علی ذلک،لاعتقاد الفاسد المترتب علیه ما لا یخفی من المفاسد.

و أما ما أجاب به المحدث الکاشانی فی المفاتیح-تبعا لصاحب المسالک من أن الفسق إنما یتحقق بفعل المعصیه،مع اعتقاد کونها معصیه لا مع اعتقاد کونها طاعه، و الظلم إنما یتحقق بمعانده الحق مع العلم به-فهو مردود بأنه لو تم هذا الکلام المنحل الزمام المموه الفاسد الناشئ عن عدم إعطاء التأمل حقه فی هذه المقاصد لاقتضی قیام العذر للمخالفین و عدم استحقاق العذاب فی الآخره،و لا أظن هؤلاء القائلین یلتزمونه.

و ذلک فإن المکلف إذا بذل جهده و جده فی تحصیل الحق و أتعب الفکر و النظر فی ذلک و أداه نظره إلی ما کان باطلا فی الواقع لعروض الشبهه له فلا ریب فی أنه یکون معذورا عقلا و نقلا،لعدم تقصیره فی السعی فی طلب الحق و تحصیله،و امتثال ما أمر به،و کذا یقوم العذر لمنکری النبوات من أهل الملل و الأدیان،و هذا فی البطلان أظهر من أن یحتاج إلی التبیان.

و بالجمله فإنه إن کان فی هذا الاعتقاد الذی جعله طاعه،و عدم العلم الذی ذکره إنما نشأ عن بحث و نظر،فإنه یقوم بهما العذر شرعا عند الله عز و جل، فلا مناص عما ذکرناه،و إلا فلا معنی لکلامه بالکلیه،کما هو الظاهر لکل ذی عقل و رویه.

الثالث:أنه قد استفاضت الروایات و الأخبار عن الأئمه الأبرار علیهم السلام کما بسطنا الکلام علی ذلک فی کتابنا«الشهاب الثاقب فی بیان معنی الناصب»و ما یترتب علیه من المطالب بکفر المخالفین و شرکهم و نصبهم و نجاستهم،و أن الکلب و الیهودی خیر منهم،و هذا مما لا یجامع مع الحکم بالإسلام البته فضلا عن العداله،و دلت أیضا علی أنهم لیسوا من الحنیفیه علی شیء،و أنهم لیسوا إلا مثل الجدر المنصوبه،و أنه لم یبق فی یدهم إلا مجرد استقبال القبله،و استفاضت

بعرض الأخبار على مذهبهم و الأخذ بخلافه (۱)و استفاضت ببطلان أعمالهم (۲)، و أمثال ذلک مما يدل على خروجهم عن الملة المحمدیه و الشریعه النبویه بالکلیه،و الحکم بعد التهم لا یجامع شیئا من ذلک.

الرابع:أنه یلزمه مما ذکره من أن الخبر نکره فی سیاق الإثبات فلا یعم،و کذا قول سبطه«أن التعریف فی قوله:و عرف بالصلاح فی نفسه للجنس لا للاستغراق»دخول أکثر الفسقه و المرده فی هذا التعریف،إذ ما من فاسق فی الغالب إلا و فیه صفه من صفات الخیر،فإذا جاز اجتماع العداله مع فساد العقیده جاز مع شرب الخمر و الزنا و اللواط و نحو ذلک من الکبائر بطریق أولی،بل یدخل فی ذلک الخوارج و المرجئه و أمثالهما من الفرق التی لا خلاف فی کفرها،حیث إن الخبر بهذا المعنى حاصل فیهم،فیثبت عدالتهم بذلک،و إن کانوا فاسدی العقیده و متصفین بالکبائر العدیده،نعوذ بالله من زلل الإقدام فی الأحکام و طغیان الأقلام فی معالم الحلال و الحرام.

الخامس:قوله«إن الخیر یعرف من المؤمن-إلى قوله-الصدق معرفه الخیر منه»فإن فیه زیاده على ما تقدم أن الأخبار الصحیحه الصریحه قد استفاضت ببطلان عبادات المخالفین لاشتراط صحه العباده بالإقرار بالولایه (۳)،بل ورد

عن الصادق علیه السلام

سواء على الناصب صلى أم زنا (۴). و المراد بالناصب هو مطلق المخالف کما حققناه فی کتابنا المذکور آنفا،و حینئذ فأی خیریه فی أعمال من قام الدلیل على بطلانها و أنها فی حکم العدم،و کونها فی الظاهر بصوره العباده لا یجدی نفعا،لأن خیریه الخیر و شریه الشر إنما هو باعتبار ما یترتب على کل منهما

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۶ ضمن ح ۲.
۲- ۲) الوسائل ج ۱۸ ص ۷۵ ب ۹ ح ۴.
۳- ۳) الوسائل ج ۱ ص ۹۰ ب ۲۹.
۴- ۴) عقاب الأعمال ص ۴۷۱ ح ۱۷ و لکن عن أبی جعفر علیه السلام مع اختلاف یسیر.

من النفع و الضر كما ينادى به

الخبر النبوى (۱)

«لا خير بخير بعده النار،و لا شر بشر بعده الجنه».

إذا عرفت ذلک فاعلم أن الذی ظهر لی فی معنی الخبرین المذکورین أنهما إنما خرجا مخرج التقیه.

و توضیح ذلک:إنه قد ظهر بما قدمناه من الوجوه أن المخالف ناصبا کان بالمعنی الذی یدعونه أو غیره لا خیر فیه بوجه من الوجوه،فخرج من البین بذلک و لو حمل الخیر فی الخیر علی مطلق الخیر کما ادعاه فی المسالک لجامع الفسق البته،إذ لا فاسق متی کان مسلما إلا و فیه خیر،فیلزم صحه الطلاق مع شهاده الفاسق،و هو باطل إجماعا نصا و فتوی،لدلاله الآیه و الروایه علی رد خبره، فلا بد من حمل الخیر علی أمر زائد علی مجرد الإسلام،و وجه الإجمال فی الخبرین بالنسبه إلی هذه العباره إنما هو التقیه التی هی فی الأحکام الشرعیه أصل کل بلیه،و ذلک أن السائل فی الخبر الثانی (۲)لما سأله عن کیفیه طلاق السنه أجابه علیه السلام بالحکم الشرعی الواضح،و هو أن یطلقها إذا طهرت من حیضها قبل أن یغشاها بشاهدین عادلین کما قال الله تعالی عز و جل فی کتابه،فإن خالف ذلک رد إلی الکتاب،بمعنی أنه یبطل ما أتی به من الطلاق لمخالفه الکتاب باشتراط عداله الشاهدین و نحوه من تلک الشروط.

و لا ریب أن الطلاق بشهاده الناصبین بهذا التقریر باطل عند کل من له أنس بالأخبار و معرفه بما یعتقدونه علیهم السلام فی مخالفیهم من الکفر و الشرک و العداوه،فیجب رد من أشهدهما علی طلاق إلی کتاب الله الدال علی بطلان هذا الطلاق،لکن لما سأل سائل بعد ذلک عن خصوص ذلک،و کان المقام لا یقتضی الإفصاح بالجواب الواقعی أجمل علیه السلام فی الجواب بعباره توهم بظاهرها ما ذکره،و توهموه فی بادی

۱- ۱) الفقیه ج ۴ ص ۳۷۹ ضمن ح ۱۰ مع اختلاف یسیر.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۶۷ ح ۶.

النظر،إلا أنه لما كان الناصب بمقتضى ما علم من مذهبهم و تواترت به أخبارهم لا خير فيه بالكليه كما عرفته،وجب إخراجه من المقام،و حمل العباره المذكوره على من عداه،و مما ذكرنا يعلم الكلام فى الخبر الآخر.

و بذلك يظهر لك زياده على ما قدمناه ما فى كلام السيد السند و قوله«إن الروايتين سالمتان من المعارض»فإن معارضيهما أكثر من أن يحصى.

و بالجمله فإن الواجب فى الاستدلال بالخبر فى هذا الموضع و غيره النظر إلى انطباق موضع الاستدلال على مقتضى القواعد المعتبره،و القوانين المقرره فى الأخبار، فمتى كان مخالفا لها و خارجا عنها وجب طرحه،و امتنع الاستناد إليه،و إن كان ذلك الخبر صحيح السند صريح الدلاله،لاستفاضه أخبارها بعرض الأخبار على الكتاب و السنه،و لكن عاده أصحاب هذا الاصطلاح سيما السيد المذكور قصر النظر على الأسانيد،فمتى صح الخبر لم ينظروا إلى ما فى متنه من العلل كما قدمنا التنبيه عليه فى غير موضع.

ثم إنه قال فى المسالك فى هذا المقام:و يتفرع على المشهور من اعتبار عداله الشاهدين بمعنى ملكه التقوى و المروه أن المعتبر ثبوتها ظاهرا لا فى نفس الأمر لأنه لا يطلع عليه إلا الله،فلو اعتبر ذلك فى حق غيرهما لزم التكليف بما لا يطاق،فلا يقدح فسقهما فى نفس الأمر فى صحه الطلاق مع ظهور عدالتهما،و لا يشترط حكم الحاكم بها،بل ظهورها عند المطلق و من يرتب على الطلاق حكما، و هل يقدح فسقهما فى نفس الأمر بالنسبه إليهما حتى لا يصلح لأحدهما أن يتزوج بها أم لا؟نظرا إلى حصول شرط الطلاق،و هو العداله ظاهرا،وجهان،و كذا لو علم الزوج فسقهما مع ظهور عدالتهما،ففى الحكم بوقوع الطلاق بالنسبه[إليه]حتى تسقط عنه حقوق الزوجيه،و يستبيح أختها و الخامسه وجهان،و الحكم بصحته فيهما لا يخلو من قوه،انتهى.

أقول:لا يخفى أن العداله بالنسبه إلى المتصف بها غيرها بالنسبه إلى غيره ممن يتبعه و يعتقد عدالته،و كلامه بالنسبه إلى الغير صحيح لا شك فيه

و لا مریه تعتریه سواء فسرنا العداله بالملکه کما هو المشهور بین المتأخرین،و هو الذی ذکره هنا،أو حسن الظاهر الذی دل علیه صحیح ابن أبی یعفور (۱)کما هو المشهور بین متأخری المتأخرین،فإنه علی أی منهما إنما یبنی فیهما علی ما یظهر للتابع و معتقد العداله من الاتصاف بذلک الصفات التی تضمنها الخبر مع عدم ظهور ما ینافیها،و إنما الاشکال و محل البحث بالنسبه إلیه هو فی نفسه.

و توضیحه:إن من علم من نفسه الفسق مع کونه علی ظاهر العداله بین الناس،فهل یجوز له الدخول فی الأمور المشروطه بالعداله،و تقلدها من الإمامه فی الجمله و الجماعه و الشهاده و الجلوس فی مجلس الحکم و القضاء بین الناس و نحو ذلک أم لا؟ ظاهر شیخنا المذکور ذلک،و اقتضاه فیما ذکره هنا من الصورتین المذکورتین بعض مشایخنا المعاصرین و توقف آخر (۲)،و فی الکفایه وافقه فی

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۲۴ ح ۱.

۲- ۲) المقتفی له فی الصورتین شیخنا الشیخ سلیمان البحرانی فی بعض أجوبه المسائل بعد التردد،و المتوقف شیخنا المحدث الصالح الشیخ عبد الله بن صالح-قدس سرهما. قال المحدث المذکور:و لو نواها یعنی الإمامه وعد نفسه من أحد الشاهدین و کان تائبا عن المعاصی جاز له ذلک،أما لو کان مصرا علی المعاصی مرتکبا للکبائر فإشکال، و للأصحاب فیه قولان أحدهما الجواز،لان المدار انما هو علی اعتقاد المؤتم أو المطلق، و بناء للأمور علی الظاهر دون الباطن،و من حیث انه إغراء للقبیح لانه عالم بفسق نفسه، فکیف یتقلد ما لیس له،خصوصا فی الجماعه الواجبه کالجمعه؟و الأحکام الشرعیه انما خرجت علی الظاهر إذا لم یمکن الاطلاع علی الباطن،و هو مطلع علی حقیقه الأمر،و الأول أوفق بالقواعد الأصولیه،الا أنه لما لم یکن نص فی المسأله فاعتقادی الوقوف عن الحکم و العمل بالاحتیاط فی العلم و العمل،و رد ما لم یأتنا به علم من أهل العصمه صلوات الله علیهم،لقول الصادق علیه السلام:ارجه حتی تلقی امامک،و ان الوقوف عند الشبهه خیر من الاقتحام فی المهلکه،انتهی.(منه-قدس سره-).

الاولی دون الثانیه.

و الذی ظهر لی بعد إمعان النظر فی المقام و مراجعه أخبارهم علیهم السلام هو عدم جواز الدخول فی هذه الأمور و الحال هذه.

و بیان ذلک:إن ظاهر الآیه و الأخبار الداله علی النهی عن قبول خبر الفاسق،و النهی عن الصلاه خلفه إنما هو من حیث الفسق،لأن التعلیق علی الوصف مشعر بالعلیه،و هو مشعر بأن الفاسق لیس أهلا لهذا المقام،و لا صالحا لتقلد هذه الأحکام،و إذا کان الشارع لم یره أهلا لذلک،و لا صالحا لسلوک هذه المسالک لمنع الناس من الاقتداء به و قبول خبره،و نحو ذلک،فهو فی معنی منعه له من ذلک،فإدخاله نفسه فیما لم یره الله عز و جل أهلا له موجب لمخالفته عز و جل و التعرض لسخطه.و جواز اقتداء الناس به من حیث عدم ظهور فسقه لهم لا یدل علی جواز الدخول له،لأن حکم الناس فی ذلک غیر حکمه هو فی حد ذاته،و الکلام إنما فی الثانی،و أحدهما لا یستلزم الآخر بوجه،نظیر ذلک فی الأحکام غیر عزیز،فإن لحم المیته محرم علی العالم به،و حلال بالنسبه إلی الجاهل به.

و یؤید ما قلناه ظواهر جمله من الأخبار مثل

صحیحه أبی بصیر (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«خمسه لا یؤمون الناس علی کل حال:المجنون و الأبرص و المجذوم و ولد الزنا و الأعرابی».

و نحوها صحیحه محمد بن مسلم (۲)عن أبی جعفر علیه السلام.

و التقریب فیهما أنهما إنما قد صرحا بتوجه النهی إلی هؤلاء عن الإمامه لأنهم لیسوا من أهلها باعتبار ما هی علیه من العیوب المذکوره المانعه من أهلیه الإمامه،و بعض الأخبار و إن ورد أیضا فی نهی الناس عن الائتمام بهم،إلا أن

۱- ۱) الکافی ج ۳ ص ۳۷۵ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹۹ ب ۱۵ ح ۵ و فیهما اختلاف یسیر.
۲- ۲) الفقیه ج ۱ ص ۲۴۷ ح ۱۵.

النهی إنما توجه إلی المؤتمین.

و أما فی هذین الخبرین الصحیحین فإنه إنما توجه إلی الامام بأن لا یکون من أحد هؤلاء،فلو فرضنا عدم علم الناس بما هم علیه من هذه الصفات المانعه من الإمامه مع اعتقاد الناس فیهم العداله،فإنه یجوز للناس الاقتداء بهم بالتقریب المتقدم،لکن بمقتضی هذین الخبرین لا یجوز لهم الإمامه لما هم علیه من الموانع المذکوره و إن خفیت علی الناس،و هذا بعینه جار فی الفاسق الذی هو محل البحث بأن کان عالما بفسق نفسه و إن خفی علی الناس،و مما یؤید ذلک قول أمیر المؤمنین علیه السلام لشریح:یا شریح جلست مجلسا لا یجلسه إلا نبی أو وصی نبی أو شقی،و نحوه.

و التقریب فیها هو ظهورها فی النهی عمن لم یکن مستکملا لأسباب النیابه و شرائطها،و أهلیه الحکم و الفتوی،و لا ریب أن أعظم الأسباب المانعه الفسق،فهی ظاهره فی منع الفاسق من الجلوس فی هذا المقام و إن کان ظاهر العداله بین الأنام،و عدم جواز تقلده الأحکام.و جواز تقلید.الناس له من حیث عدم ظهور فسقه لهم لا یدل علی جوازه له،لأنه عالم بأن الشارع قد منع الناس عن اتباع الفاسق و تقلیده،و لیس إلا من حیث فسقه،فالفسق صفه مانعه من تقلد هذه الأمور،و کلام من قدمنا کلامه و إن کان مخصوصا بالشهاده أو مع الإمامه،إلا أن المواضع الثلاثه واحد،فإن مبنی الکلام هو أنه هل یکتفی بظهور العداله فی جواز التقلد لهذه الأمور المشروطه بها و إن لم یکن کذلک واقعا؟أم لا بد من ثبوتها واقعا؟فالکلام جار فی جمیع ما یشترط فیه العداله، و هذا أحدها.

و مما یؤید ما ذکرناه بأوضح تأیید هو أن الظاهر المتبادر من الآیه و الأخبار المصرح فیها بالعداله و اشتراطها فی الشاهد مثل قوله عز و جل

«وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْكَمْ» و قوله علیه السلام (۱)یطلقها بحضور عدلین أو إذا شهدا عدلین و نحو ذلک هو اتصاف الشاهد بالعداله فی حد نفسه و ذاته،لا بالنظر إلی غیره،إذ لا یخفی أن قولنا فلان عدل و فلان ثقه مثل قولنا فلان عالم و شجاع و جواد و نحو ذلک،و من المعلوم فی جمیع ذلک إنما هو اتصافه بهذه الصفات فی حد ذاته،غایه الأمر أنه قد یطابق علم المکلف و الواقع فی ذلک،و قد یختلفان،بأن یکون کذلک فی نظر المکلف،و إن لم یکن واقعا،و حینئذ فیلزم کلا حکمه،فیلزم من اعتقد عدالته جواز الاقتداء به مثلا و قبول شهادته،و یلزمه هو عدم جواز الدخول فی ذلک،کذا یلزم من اطلع علی فسقه عدم جواز الاقتداء به.

و علی هذا فإذا کان المراد من الآیه و الأخبار المشار إلیها إنما هو اتصافه فی حد ذاته،فکیف یجعل المناط الاتصاف بالعداله باعتبار الغیر کما توهموه و بنوا علیه ما بنوا من الفروع المذکوره؟و لا ریب أنه متی کان کذلک إنما هو بالنسبه إلیه فی حد ذاته،فإنه لا یجوز له الدخول فیما هو مشروط بالعداله البته.

و بذلک یظهر ما فی کلام صاحب المسالک و من تبعه من الوهن و القصور و لا سیما فی فرضه الثانی،و هو ما إذا علم الزوج فسقهما فطلق بحضورهما مع ظهور عدالتهما بین الناس،فإنه أوهن من بیت العنکبوت و أنه لأوهن البیوت،و مقتضی تجویزه الطلاق هنا جواز اقتداء من علم فسق الامام به فی الصلاه،لظهور عدالته بین الناس،و هکذا قبول فتواه و أحکامه،و الکل فی البطلان أوضح من أن یحتاج إلی بیان،و بالحمله فالطلاق فی الصورتین المفروضتین مما لا إشکال فی بطلانه و لا سیما الثانیه.

المسأله الثالثه [شرائط صحه الشهاده]

قال المحقق-رحمه الله علیه-فی الشرائع:فلو شهد أحدهما

ص:۲۶۳

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۶۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۲ ب ۱۰ ح ۲ و ۳ و ۴ و ۷ و ما نقله المصنف هو مضمون الخبر لا نصه.

بالإنشاء ثم شهد الآخر به بانفراده لم يقع الطلاق،أما لو شهدا بالإقرار لم يشترط الاجتماع،و لو شهد أحدهما بالإنشاء و الآخر بالإقرار لم يقبل،و لا تقبل شهاده النساء فی الطلاق لا منفردات و لا منضمات إلی الرجال،و لو طلق و لم یشهد ثم أشهد كان الأول لغوا و وقع حين الإشهاد إذا أتی باللفظ المعتبر فی الإنشاء.

أقول:الكلام فی هذه المقاله فی مواضع:الأول:قوله«و لو شهد أحدهما -إلی قوله-لم يقع الطلاق»و الوجه فی عدم وقوع الطلاق دلاله الأخبار (۱)صريحا و كذا ظاهر الآيه (۲)علی اجتماع الشاهدين فی السماع،و أنه لا يكفی تفريقهما بأن يطلق بحضره واحد منهما ثم يطلق مره أخری بحضره الآخر.

و من الأخبار المذكوره ما رواه

فی الكافی (۳)عن أحمد بن أبی نصر فی الصحيح أو الحسن قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل طلق امرأته علی طهر من غير جماع أشهد اليوم رجلا ثم مكث خمسه أيام و اشهد آخر،قال:إنما أمر أن يشهدا جميعا».

و ما رواه

فی التهذيب (۴)فی الصحيح عن محمد بن إسماعيل بن بزيع عن الرضا عليه السلام قال:

«سألته عن تفريق الشاهدين فی الطلاق،فقال:نعم و تعتد من أول الشاهدين و قال:لا يجوز حتی يشهدا جميعا».

و موضع الدلاله من الخبر المذكور قوله فی آخره«و لا يجوز حتی يشهدا جميعا»و أن المراد به حال التحمل للشهاده،و صدر الخبر مراد به الأداء لها، و لهذا قال«و تعتد من أول الشاهدين»و لكن لا يجوز التزويج إلا بعد أداء الشاهد الثانی الذی يحصل به الثبوت الشرعی،و لو جاز التفريق فی التحمل لم يجز الاعتداد إلا بالأخير لعدم صحه الطلاق إلا بعد شهاده الأخير،هذا مع قطع النظر

۱- ۱) الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۱ ب ۱۰ ح ۲ و ۳ و ۷.

۲- ۲) سوره الطلاق-آيه ۲.

۳- ۳) الكافی ج ۶ ص ۷۱ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۱ ب ۲۰ ح ۱ و فيهما اختلاف يسير.

۴- ۴) التهذيب ج ۸ ص ۱۵۰ ح ۷۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۱ ب ۲۰ ح ۲.

عن تصریحه فی آخر الخبر بعدم جواز التفریق،و بالجمله فالحکم المذکور لا خلاف و لا إشکال فیه.

الثانی:قوله«أما لو شهدا بالإقرار لم یشترط الاجتماع»و الوجه فیه ظاهر،لأن الإقرار اعتراف و إخبار عن طلاق سابق و«إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز»و الحکم فیه کما فی غیره من الإقرارات،و لا یشترط فیه اجتماع الشهود و إنما یشترط ذلک فی الشهاده علی إنشاء الطلاق کما دل علیه الخبران المتقدمان نعم لو کان الطلاق الأول باطلا،کأن یکون بغیر شهود أو بشاهد واحد،و علم أن الإقرار الذی أقر له أخیرا إنما هو إشاره إلی ذلک الطلاق،فلا ریب فی البطلان و إن أقر به عند شاهدین مجتمعین،فإنه إذا لم یصح الطلاق السابق لم یصح الإقرار به،و الحکم بالصحه إنما هو مع إطلاق الإقرار،لأن الإطلاق منزل علی الصحیح سواء شهد علی إقراره الواحد شاهدان فی دفعه،أو شهدا متفرقین (1)بأن أقر عند کل واحد،لأن صحه الإقرار لا یشترط فیها الاشهاد،و إنما المعتبر ثبوته شرعا متی توقف علیها و هو یحصل مع کل من الأمرین (2)لأن مرجعهما إلی أمر واحد،و بالجمله فالحکم مما لا إشکال فیه.

الثالث:قوله«و لو شهد أحدهما بالإنشاء و الآخر بالإقرار لم یقبل»و الوجه فیه ظاهر مما تقدم،فإن الطلاق الذی سمعه أحدهما بالإنشاء باطل لعدم استکماله لشروط صحه الطلاق،و هو اجتماع الشاهدین،و متی بطل کان الإقرار به باطلا و إن شهد به اثنان فضلا عن الواحد کما عرفت آنفا.

الرابع:قوله«و لا تقبل شهاده النساء فی الطلاق-إلی قوله-إلی الرجال» و یدل علیه ظاهر الآیه و جمله من الأخبار مضافا إلی ظاهر اتفاق الأصحاب علی

1- 1) بمعنی أنه یصح إقراره،و ان لم یشهد علیه أحدا فإنه یعتبر ثبوته.(منه-قدس سره-).

2- 2) أی مع تعدد الشاهد،و شهاده کل واحد علی واحد من الأمرین. (منه-قدس سره-).

ذلک،فإن قوله عز و جل «وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ» ظاهر فی اعتبار ذکوریتهما.

و من الأخبار

قول أبی عبد الله علیه السلام فی صحیحه الحلبی (۱)

«و أنه سئل عن شهاده النساء فی النکاح،قال:تجوز إذا کان معهن رجل،و کان علی علیه السلام یقول:

لا أجیزها فی الطلاق»الحدیث.

و قول أبی الحسن الرضا علیه السلام فی روایه محمد بن الفضل (۲)

«و لا تجوز شهادتهن فی الطلاق و لا فی الدم».

و قول أبی عبد الله علیه السلام فی روایه داود بن الحصین (۳)

«و کان أمیر المؤمنین علیه السلام یجیز شهاده المرأتین فی النکاح و لا یجیز فی الطلاق إلا بشاهدین عدلین».

و قول علی علیه السلام فی روایه السکونی (۴)

«شهاده النساء لا تجوز فی نکاح و لا طلاق و لا فی الحدود إلا فی الدیون و ما لا یستطیع الرجل النظر إلیه».

و قوله علیه السلام فی روایه محمد بن مسلم (۵)

«لا تجوز شهاده النساء فی الهلال و لا فی الطلاق».

الخامس:قوله«و لو طلق و لم یشهد ثم أشهد.إلخ»و الوجه فی کون الأول لغوا هو عدم استکمال الشرائط التی من جملتها سماع الشاهدین،و الحکم بوقوع الثانی لا بد فیه أیضا من استکمال الشرائط،و إلا لم یقع.و قوله«إذا

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۳۹۰ ح ۲،التهذیب ج ۶ ص ۲۶۹ ح ۱۲۸،الوسائل ج ۱۸ ص ۲۵۸ ب ۲۴ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۳۹۱ ح ۵،التهذیب ج ۶ ص ۲۶۴ ح ۱۱۰،الوسائل ج ۱۸ ص ۲۵۹ ب ۲۴ ح ۷ و ما فی المصادر«محمد بن الفضیل».

۳- ۳) التهذیب ج ۶ ص ۲۸۱ ضمن ح ۱۷۹،الوسائل ج ۱۸ ص ۲۶۵ ب ۲۴ ضمن ح ۳۵ و فیهما اختلاف یسیر.

۴- ۴) التهذیب ج ۶ ص ۲۸۱ ح ۱۷۸،الوسائل ج ۱۸ ص ۲۶۷ ح ۴۲ و فیهما اختلاف یسیر.

۵- ۵) الکافی ج ۷ ص ۳۹۱ ح ۶،الوسائل ج ۱۸ ص ۲۸ ب ۲۴ ح ۸.

أتی باللفظ المعتبر فی الإنشاء»إشاره إلی قصد الطلاق،فلو قصد الاخبار و لو کان بذلک اللفظ لقوله«اشهدوا بأن فلانه طالق»قاصدا به الاشهاد لا الإنشاء لم یقع.و علی هذا فالمائز بین العبارتین و صحه الطلاق فی أحدهما دون الآخر هو النیه و القصد فإن قصد الإنشاء وقع،و إن قصد الاشهاد لم یقع،و یمکن علم الشاهدین به بالقرائن المفهمه للحال،أو أخباره بذلک.

و الأصل فی هذا الحکم

صحیحه أحمد بن محمد (۱)قال:

«سألته عن الطلاق، فقال:علی طهر،و کان علی علیه السلام یقول:لا طلاق إلا بالشهود،فقال له رجل:إن طلقها و لم یشهد ثم أشهد بعد ذلک بأیام فمتی تعتد؟فقال:من الیوم الذی أشهد فیه علی الطلاق». و الظاهر أن إطلاق الروایه مبنی علی ما علم من غیرها من إخبار الطلاق من وجوب استکمال الشروط فی صحته الذی من جملتها قصد الإنشاء و غیره.

المقصد الثانی فی أقسام الطلاق

اشاره

و ینقسم إلی بدعی و سنی،و السنی ینقسم إلی بائن و رجعی،و الرجعی ینقسم إلی عدی و غیره،فهنا أقسام أربعه:

الأول:الطلاق البدعی

،منسوب إلی البدعه و هو المحرم إیقاعه،و المراد بالسنی الذی یقابله هنا هو السنی بالمعنی الأعم،و هو الجائز شرعا سواء کان واجبا أو مندوبا أو مکروها (۲).

ص: ۲۶۷

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۵۰ ح ۷۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸۴ ب ۱۰ ح ۱۰.

۲- ۲) قالوا:و المراد بالواجب طلاق المولی و المظاهر،فإنه یؤمر بعد المده بأن یغیر أو یطلق،فالطلاق واجب تخییرا. و المراد بالمندوب الطلاق مع النزاع و الشقاق و عدم رجاء الائتلاف و الوفاق،و إذا لم تکن عفیفه یخاف منها إفساد الفراش. و المراد بالمکروه الطلاق عند التئام الأخلاق و سلامه الحال،و قد تقدمت جمله من الاخبار فی صدر الکتاب داله علی الکراهه فی الصوره المذکوره.(منه-قدس سره-).

و للبدعی أسباب ثلاثه:(أحدها)الحیض،فلا یجوز طلاق الحائض بعد الدخول مع حضور الزوج أو ما فی حکمه من غیبته دون المده المشروطه علی ما تقدم تحقیقه مع کونها حائلا،و کذا النفساء.

(و ثانیها)عدم استبرائها بطهر آخر غیر ما مسها فیه بأن یطلقها فی الطهر الذی مسها فیه.و هذان السببان متفق علیهما بین الخاصه و العامه.

(و ثالثها)طلاقها أزید من واحده بغیر رجعه مخلله بین الطلقات،و التحریم فی هذه الصوره من خصوصیات مذهب الشیعه،و وافقهم أبو حنیفه و مالک فی بدعیه الجمع بین الطلقات بلفظ واحد،و اتفق الجمهور علی صحه طلاق البدعه مع الإثم، و أصحابنا علی بطلانه (۱)إلا فیما زاد علی الواحد،فإنه مع وقوعه مترتبا یقع واحدا إجماعا،و مع وقوعه بلفظ واحد یقع واحدا أیضا علی الخلاف المتقدم.

و أورد علی ما ذکر من التخصیص بهذه الأسباب الثلاثه الطلاق بالکتابه، و بدون الإشهاد فإنه باطل،و کذا الطلاق أزید من مره مرتبا إذا لم یتخلل بینها رجعه.

و یمکن الجواب باختصاص البدعه بالثلاثه المتقدمه،و أن ما زاد یکون باطلا و یکون الطلاق الباطل أعم من البدعی فإنه مجرد اصطلاح لا مشاحه فیه،لکن علی هذا لا یکون القسمه حاصره،فإن المقسم مطلق الطلاق الذی هو أعم من الصحیح و الفاسد،و کیف کان فالأمر فی ذلک سهل بعد وضوح الحکم فی کل من هذه الأفراد.

الثانی:الطلاق السنی البائن

،و هو ما لا یصح للزوج الرجعه معه،و هو

۱- ۱) حاصل المعنی أن أصحابنا علی بطلان البدعی بجمیع أفراده إلا فی صوره ما إذا طلق ثلاثا مترتبه أو مرسله،فإن الطلاق یقع واحدا فی الصوره الأولی إجماعا، و فی الثانیه علی الخلاف،و البطلان فی البدعیه انما یتوجه إلی الزائد. (منه-قدس سره-).

سنه:طلاق التی لم یدخل بها،و الیائسه،و من لم تبلغ المحیض،و المختلعه،و المبارأه ما لم ترجعا فی البذل،و المطلقه ثلاثا بینها رجعتان إذا کان حره،و إلا فاثنتان.

قالوا:و المراد بالدخول الموجب للعده القدر الموجب للغسل،و هو غیبوبه الحشفه أو قدرها فی قبل أو دبر.

أقول:و تدل علیه جمله من الأخبار تقدم نقلها فی فصل المهور،إلا أن فی دخول الموطوءه فی الدبر فی ذلک إشکال تقدم التنبیه علیه.و المراد بمن لم تبلغ المحیض،أی لم تبلغ التسع،فلو بلغتها لزمتها العده مع الوطء،و إن لم تکن ممن تحیض عاده،و تقیید المختلعه و المبارأه بما لم ترجعا فی البذل یقتضی أن الطلاق یکون رجعیا مع الرجوع فیه،فالعده هنا قد تکون بائنه و رجعیه بالاعتبارین المذکورین.

الثالث:الطلاق الرجعی العدی

،و هو الذی یصح معه الرجعه و إن لم یرجع و یکون ذلک فیما عدا الأقسام السته المتقدمه فی البائن،و علی هذا و ما تقدم فی سابق هذا القسم یکون طلاق المختلعه تاره من أقسام البائن،و هو فیما إذا لم ترجع فی البذل،و تاره من أقسام الرجعی،و هو فی صوره الرجوع،و إطلاق الرجعی علی هذا القسم یکون بسبب جواز الرجوع فیه و إمکانه،و یعبر عن بعض أفراده بطلاق العده (۱)و هو أن یطلق علی الشرائط،ثم یراجع قبل الخروج من العده و یواقع، ثم یطلقها فی غیر طهر المواقعه،ثم یراجعها و یواقعها،ثم یطلقها فی طهر آخر، و هذه تحرم فی الثالثه حتی تنکح زوجا غیره،و فی التاسعه مؤبدا کما ذکروه من غیر خلاف یعرف،و فیه کلام یأتی التنبیه علیه إن شاء الله تعالی فی المقام،و لو طلق بعد المراجعه قبل المواقعه صح،إلا أنه لا یسمی طلاق العده،لاختلال أحد

۱- ۱) إشاره الی أن ما یفهم من کلامهم من حصر الرجعی فی العدی و السنی لیس فی محله،فان من راجع فی العده و لم یواقع فطلاقه رجعی،و لیس من طلاق السنه،و لا من طلاق الرجعه.(منه-قدس سره-).

شروطه و هو المواقعه،و یکون طلاق السنه بالمعنی الأعم.

الرابع:الطلاق السنی بالمعنی الأخص

،و هو المشار إلیه آنفا بأنه غیر العدی،و هو عباره أن یطلقها و یترکها حتی تخرج من العده،رجعیه کانت العده أو بائنه،ثم یتزوجها إن شاء ثم یطلقها و یترکها حتی تخرج من العده ثم یتزوجها،و هذه تحرم فی کل ثالثه حتی تنکح زوجا غیره علی المشهور،و لا تحرم مؤبدا و إن بلغ تسعا،و فیه أیضا ما سیأتی التنبیه علیه إن شاء الله تعالی، و هو یشارک طلاق العده فی الحکم الأول،و یفارقه فی الثانی،و الثانی منهما محل وفاق عندهم.

[فوائد]

اشاره

إذا عرفت ذلک فاعلم أن الکلام هنا یقع فی مواضع:

الأول [فی حرمه المطلقه تسعا مؤبدا]

قال السید السند فی شرح النافع:قد نقل جمع من الأصحاب الإجماع علی أن المطلقه تسعا للعده تحرم مؤبدا،و لم ینقلوا علی ذلک دلیلا.و الذی وقفت علیه فی ذلک ما رواه

الکلینی (1)عن زراره بن أعین و داود بن سرحان عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«الملاعنه إذا لاعنها زوجها لم تحل له أبدا،و الذی یتزوج المرأه فی عدتها و هو یعلم لا تحل له أبدا،و الذی یطلق الطلاق الذی لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره ثلاث مرات لا تحل له أبدا،و المحرم إذا تزوج و هو یعلم أنه حرام علیه لا تحل له أبدا».

و فی الصحیح عن جمیل بن دراج عن أبی عبد الله علیه السلام،و إبراهیم بن عبد الحمید (2)عن أبی عبد الله و أبی الحسن علیهما السلام قال:

«إذا طلق الرجل المرأه فتزوجت،ثم طلقها زوجها فتزوجها الأول،ثم طلقها فتزوجت رجلا آخر،ثم طلقها فتزوجها الأول،فطلقها هکذا ثلاثا لم تحل له أبدا».

و إطلاق الروایه الاولی و خصوص الثانیه یقتضی حصول التحریم بالطلقات

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۲۶ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۵۸ ب ۴ ح ۴ و فیهما اختلاف یسیر.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۲۸ ح ۷ و فیه«ثم طلقها الزوج الأول»بدل«فطلقها».

التسع التی لیست للعده،لکن لا أعلم بمضمونه قائلا،انتهی.

أقول:قد تقدم تحقیق الکلام فی المقام فی المطلب الرابع فی استیفاء العدد من الفصل الثانی فی أسباب التحریم من کتاب النکاح،و ذکرنا ما یدل علی کلام الأصحاب،إلا أن المسأله بقیت فی قالب الاشکال لعدم حضور ما یحصل به الجمع بین أخبارها،و إلی ما ذکرنا من هذا الکلام أشرنا فیما قدمنا فی القسم الثالث و الرابع بقولنا فیه ما ینبغی التنبیه علیه،فإن مقتضی ما ذکره السید السند من الأخبار المذکوره التحریم بالتسع مؤبدا فی الطلاق العدی و السنی بالمعنی الأخص جمیعا،و الأصحاب إنما أثبتوا التحریم بذلک فی العدی خاصه و صرحوا بنفیه فی السنی.

و ثانیها [فی معنی طلاق السنه و طلاق العده]

قد تکاثرت الأخبار بتقسیم الطلاق إلی طلاق العده و طلاق السنه، و بذلک صرح الشیخ فی النهایه و جمع من الأصحاب.

فروی الکلینی (1)فی الصحیح عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام

«أنه قال:کل طلاق لا یکون عن السنه أو علی العده لیس بشیء،قال زراره:قلت لأبی جعفر علیه السلام:

فسر لی طلاق السنه و طلاق العده،فقال:أما طلاق السنه فإذا أراد الرجل أن یطلق امرأته فلینتظر بها حتی تطمث و تطهر،فإذا خرجت من طمثها طلقها تطلیقه من غیر جماع،و یشهد شاهدین علی ذلک،ثم یدعها حتی تطمث طمثین فتنقضی عدتها بثلاث حیض و قد بانت منه،و یکون خاطبا من الخطاب،إن شاءت زوجته و إن شاءت لم تزوجه،و علیه نفقتها و السکنی ما دامت فی عدتها،و هما یتوارثان حتی تنقضی العده،قال:و أما طلاق العده الذی قال الله تعالی «فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَ أَحْصُوا الْعِدَّةَ» (2)فإذا أراد الرجل منکم أن یطلق امرأته طلاق العده فلینتظر بها حتی تحیض و تخرج من حیضها.ثم یطلقها تطلیقه من غیر جماع،

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۶۵ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴۴ ب ۱ ح ۱ و فیهما اختلاف یسیر.

۲- ۲) سوره الطلاق-آیه ۱.

و يشـهد شاهـدين عـدلين و يراجعهـا من يومه ذلك إن أحب،أو بعـد ذلك بأيام قبل أن تحيض،و يشـهد على رجعتها و يواقعها حتى تحيض،فإذا حاضت و خرجت من حيضـها طلقها تطليقه أخرى من غير جماع،و يشهد على ذلك،ثم يراجعها أيضا متى شاء قبـل أن تحيض،و يشـهد على رجعتها و يواقعها،و تكون معه إلى أن تحيض الحيضه الثالثه،فإذا خرجت من حيضـتها الثالثه طلقها التطليقه الثالثه بغير جماع و يشـهد على ذلك،فإذا فعل ذلك فقـد بانت منه،و لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره،قيل له:فإن كانت ممن لا تحيض؟فقال:مثل هذه تطلق طلاق السنه».

و عن محمد بن مسلم (۱)فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«طلاق السـنه يطلقها تطليقه على طهر من غير جماع بشـهاده شاهدين ثم يدعها حتى تمضـى أقراؤها،فإذا مضت أقراؤها فقد بانت منه،و هو خاطب من الخطاب إن شاءت نكحته و إن شاءت فلا،و إن أراد أن يراجعها أشـهد على رجعتها قبل أن تمضـى أقراؤها فتكون عنده على التطليقه الماضيه».

و عن أبی بصیر (۲)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سـألته عن طلاـق السـنه،قال:طلاق السـنه إذا أراد الرجل أن يطلق امرأته يـدعها إن كان قـد دخل بها حتى تحيض ثم تطهر،فإذا طهرت طلقها واحـده بشـهاده شاهدين،ثم يتركها حتى تعد ثلاثه قروء،فإذا مضت ثلاثه قروء فقد بانت منه بواحده،و كان زوجها خاطبـا من الخطاب،إن شاءت تزوجته و إن شاءت لم تفعل،فإن تزوجها بمهر جديـد كانت عنـده على ثنتين باقيتين و قـد مضـت الواحـده،فإن هو طلقها واحده أخرى على طهر من غير جماع بشـهاده شاهدين ثم تركها حتى تمضـى أقراؤها،فإذا مضت أقراؤها من قبـل أن يراجعهـا فقـد بانت منه باثنتين و ملكت أمرها،و حلت للأزواج،و كان زوجها خاطبا من الخطاب،إن شاءت تزوجته و إن شاءت لم تفعل،فإن هو تزوجها

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۶۴ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴۴ ب ۱ ح ۲ و فيهما اختلاف يسير.
۲- ۲) الكـافى ج ۶ ص ۶۶ ح ۴،التهـذيب ج ۸ ص ۲۷ ح ۳،الوسائـل ج ۱۵ ص ۳۴۵ ب ۱ ح ۳ و عبـاره«و أمـا طلاـق الرجعه.إلخ»لم يذكرها صاحب الوسائل.

تزویجا جدیدا بمهر جدید کانت معه بواحده باقیه و قد مضت اثنتان،فإن أراد أن یطلقها طلاقا لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره ترکها،حتی إذا حاضت و طهرت أشهد علی طلاقها تطلیقه واحده،ثم لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره.و أما طلاق الرجعه فأن یدعها حتی تحیض و تطهر،ثم یطلقها بشهاده شاهدین ثم یراجعها و یواقعها،ثم ینتظر بها الطهر،فإذا حاضت و طهرت أشهد شاهدین علی التطلیقه أخری ثم یراجعها و یواقعها،ثم ینتظر بها الطهر،فإذا حاضت و طهرت أشهد شاهدین علی التطلیقه الثالثه،ثم لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره،و علیها أن تعتد ثلاثه قروء من یوم طلقها التطلیقه الثالثه»الحدیث.

قال فی الکافی:و یستفاد من کلام بعضهم أن المعتبر فی طلاق العده الطلاق ثانیا بعد المراجعه و المواقعه،و بعضهم لم یعتبر الطلاق ثانیا.

قیل:و ربما لاح من کلام الشیخ فی النهایه و جماعه أن الطلاق الواقع بعد المراجعه و المواقعه یوصف بکونه عدیا و إن لم یقع بعده رجوع و وقاع،لکن الطلاق الثالث لا یوصف بکونه عدیا إلا إذا وقع بعد الرجوع و الوقاع،و فی بعض الروایات دلاله علیه.

أقول:ظاهر القول الأول و الثانی هو اتصاف الطلاق الأول و الثانی بکونه عدیا دون الثالث،لأن الأول جعل شرط الاتصاف بکونه عدیا هو الطلاق ثانیا بعد المراجعه و المواقعه،و القول الثانی اقتصر علی المراجعه و المواقعه،و کل منها حاصل فی التطلیقه الاولی و الثانیه،أما الثالثه فلا،و مقتضی ما نقل عن النهایه و الجماعه المذکورین هو عدم اتصاف الطلاق الأول بکونه عدیا،و إنما یتصف بذلک الطلاق الثانی و الثالث.

و الذی وقفت علیه فی تفسیر الطلاق العدی من الأخبار المرویه فی کتب الأخبار هو ما نقله من الخبرین المذکورین،و لم أقف علی غیرهما.و المفهوم منهما أن الطلاق العدی عباره عن هذه الطلقات الثلاث الواقعه علی هذه الکیفیه من غیر

تخصیص بالأولی أو الثانیه أو غیرهما.

و فی معنی الخبرین المذکورین

قول الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی (۱)-بعد أن ذکر طلاق السنه علی نحو ما قدمناه فی الأخبار المذکوره-:

«و أما طلاق العده فهو أن یطلق الرجل امرأته علی طهر من غیر جماع بشاهدین عدلین ثم یراجعها من یومه أو من غد أو متی ما یرید من قبل أن تستوفی قروءها.فإذا أراد أن یطلقها ثانیه لم یجز ذلک إلا بعد الدخول بها،و إذا أراد طلاقها یتربص بها حتی تحیض و تطهر،ثم طلقها فی قبل عدتها بشاهدین عدلین،فإن أراد مراجعتها راجعها.فإن طلقها الثالثه فقد بانت منه ساعه طلقها،فلا تحل له حتی تنکح زوجا غیره،فإذا انقضت عدتها منه و تزوجها رجل آخر و طلقها أو مات عنها و أراد الأول أن یتزوجها فعل،و إن طلقها ثلاثا واحده بعد واحده علی ما وصفناه لک فقد بانت منه،و لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره،فإن تزوجها و طلقها أو مات عنها و أراد الأول أن یتزوجها فعل،فإن طلقها ثلاث تطلیقات علی ما وصفته واحده بعد واحده فقد بانت منه،و لا تحل له بعد تسع تطلیقات أبدا».

و ربما أشعر صدر کلامه علیه السلام بأن طلاق العده لیس إلا عباره عن الطلاق علی الشروط،ثم الرجوع فی العده خاصه حیث إنه بعد أن فسره بذلک قال:

«فإذا أراد أن یطلقها ثانیه لم یجز ذلک إلا بعد الدخول بها»فجعل الدخول بها شرطا فی صحه الطلاق ثانیا.و ظاهره أن طلاق العده یتحقق بدون المواقعه.

و کیف کان فتوقف صحه الطلاق ثانیا علی المواقعه محل کلام یأتی التنبیه علیه إن شاء الله تعالی،و قد تضمن ذلک عجز صحیحه أبی بصیر المتقدمه مما لم ننقله منها،و هو موافق لما ذهب إلیه ابن أبی عقیل فی تلک المسأله الآتی تحقیقها إن شاء الله تعالی فی محله.

و قال شیخنا الشهید الثانی فی المسالک:و اعلم أن تعریف المصنف و غیره لطلاق

۱- ۱) فقه الرضا ص ۲۴۲ مع اختلاف یسیر.

السنه بالمعنی الأخص یقتضی اختصاصه بذات العده،و أنه یشمل العده البائنه و الرجعیه،و فی کثیر من الأخبار کالذی أسلفناه ما یدل علی اختصاصه بالعده الرجعیه ثم لا یراجع فیها،و الوجه لحوق أحکامه بکل طلاق لا یلحقه رجعه، سواء کان ذلک لعدم العده أم لکونها بائنه،أم لکونها رجعیه و لم یرجع،فإنها لا تحرم به فی التاسعه مؤبدا،لاختصاص ذلک الحکم بطلاق العده،و لصدق عدم الرجعیه فی جمیع ما ذکرناه،انتهی.

أقول:ما ذکره-رحمه الله-من دلاله الأخبار علی اختصاص طلاق السنه بذات العده الرجعیه التی لم یرجع فیها جید کما لا یخفی علی من تأمل الأخبار التی قدمناها،فتعریفه بما یدخل فیه غیر هذا الفرد من العده البائنه أو غیر ذات العده غیر جید.

نعم لما کان التحریم فی التاسعه مقصورا فی الأخبار علی طلاق العده و مشروطا فیه المراجعه فی العده و المواقعه بعد الرجعه کان ما عداه من الأقسام المذکوره لا تحرم بها المرأه فی التاسعه،فهو حکم ثابت لطلاق السنه و غیره من الأفراد المذکوره.

و ثالثها:المشهور بین الأصحاب أنه إذا طلق زوجته طلاق السنه المتقدم شرحه فإنها بعد الثالثه لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره،و هذا الطلاق یفارق طلاق العده فی أن المطلقه به لا تحرم مؤبدا،بخلاف طلاق العده فإنها تحرم بعد التاسعه مؤبدا،و هو محل وفاق علی ما نقله فی المسالک،و یشارکه بناء علی المشهور فی عدم الحل بعد الثالثه حتی تنکح زوجا غیره.

و نقل عن عبد الله بن بکیر أن هذا الطلاق-أعنی طلاق السنه-لا یحتاج إلی محلل بعد الثلاثه (1)بل استیفاء العده الثالثه بهدم التحریم،و هو ظاهر الصدوق

1- 1) و الظاهر أنه لا خلاف فیما عدا طلاق السنه من أنواع الطلاق فی أنه بعد الثالثه یتوقف علی المحلل،و انما محل الخلاف المنقول عن ابن بکیر هو طلاق السنه خاصه، و محل الاختلاف فی الاخبار أیضا انما هو طلاق السنه خاصه.(منه-قدس سره-).

فی الفقیه (۱)أیضا،حیث قال بعد أن أورد طلاق السنه:فجائز له أن یتزوجها بعد ذلک،و سمی طلاق السنه طلاق الهدم،لأنه متی استوفت قروءها و تزوجها ثانیه هدم الطلاق الأول.و هو کما تری ظاهر فیما ذهب الیه ابن بکیر،و المشهور فی کلام الأصحاب تخصیص الخلاف فی هذا المقام بابن بکیر،حتی أن شیخنا الشهید الثانی فی الروضه اعترض المصنف فی قوله فی اللمعه«و قد قال بعض الأصحاب أن هذا الطلاق لا یحتاج إلی محلل بعد الثلاث»-بعد تفسیره البعض المذکور بابن بکیر و ذکر روایاته-بأن عبد الله بن بکیر لیس من أصحابنا الإمامیه،و لقد کان ترک حکایه قوله فی هذا المختصر أولی.

و فیه أنه یجوز أن یکون المصنف إنما أراد بذلک البعض الصدوق لما عرفت ثم إنه لا یخفی علیک أن الظاهر أن

عباره الصدوق هنا مأخوذه من کتاب الفقه الرضوی (۲)حیث قال علیه السلام بعد شرح طلاق السنه:

«و سمی طلاق السنه طلاق الهدم،لأنه متی استوفت قروءها و تزوجها الثانیه هدم الطالق الأول-و هی کما تری عین عباره الصدوق،ثم قال علیه السلام:-و روی أن طلاق الهدم لا یکون إلا بزوج ثان». انتهی،و هو إشاره إلی القول المشهور،و فی نسبه ذلک إلی الروایه إیذان بأن الأول هو الذی یختاره و یفتی به علیه السلام،و لهذا أفتی به الصدوق-رحمه الله علیه.

و الواجب أولا نقل ما وصل إلینا من أخبار المسأله،ثم الکلام بما یسر الله سبحانه فهمه منها،فمما یدل علی القول المشهور صحیحه أبی بصیر (۳)المتقدمه فی سابق هذا الموضع.

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۳۲۰ ضمن ح ۱.
۲- ۲) فقه الرضا ص ۲۴۲.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۶۶ ح ۴.

و ما رواه

فی التهذیب (۱)فی الصحیح عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل طلق امرأته،ثم ترکها حتی انقضت عدتها،ثم تزوجها،ثم طلقها من غیر أن یدخل بها،حتی فعل ذلک ثلاثا،قال:لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره».

و عن الحسن بن زیاد (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن طلاق السنه کیف یطلق الرجل امرأته؟فقال:یطلقها فی طهر قبل عدتها من غیر جماع بشهود فإن طلقها واحده ثم ترکها حتی یخلو أجلها فقد بانت منه،و هو خاطب من الخطاب،و إن راجعها فهی عنده علی تطلیقه ماضیه،و بقی تطلیقتان،و إن طلقها الثانیه ثم ترکها حتی یخلو أجلها فقد بانت منه،و إن هو أشهد علی رجعتها قبل أن یخلو أجلها فهی عنده علی تطلیقتین ماضیتین و بقیت واحده،فإن طلقها الثالثه فقد بانت منه،و لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره،و هی ترث و تورث ما کان له علیها رجعه من التطلیقتین الأولتین».

و ما رواه

الشیخ (۳)فی الصحیح عن عبد الله بن سنان عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال أمیر المؤمنین علیه السلام:إذا أراد الرجل الطلاق طلقها قبل عدتها فی غیر جماع فإنه إذا طلقها واحده ثم ترکها حتی یخلو أجلها إن شاء أن یخطب مع الخطاب فعل،فإن راجعها قبل أن یخلو أجلها أو بعده کانت عنده علی تطلیقه،فإن طلقها الثانیه أیضا فشاء أن یخطبها مع الخطاب إن کان ترکها (۴)حتی یخلو أجلها، فإن شاء راجعها قبل أن ینقضی و إن فعل فهی عنده علی تطلیقتین،فإن طلقها الثالثه

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۶۵ ح ۱۳۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۵۱ ب ۳ ح ۴.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۶۷ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴۶ ب ۱ ح ۴ و فیهما اختلاف یسیر.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۶۹ ح ۹،التهذیب ج ۸ ص ۲۹ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴۷ ب ۱ ح ۷ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

۴- ۴) قوله«ان کان ترکها»قید للمشیه فی قوله«فشاء أن یخطبها»و جواب الشرط محذوف أی فعل،کما تقدم التصریح به فی سابق هذا الکلام من الخبر.(منه-قدس سره-).

فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره،و هى ترث و تورث ما كانت فى الدم من التطليقتين الأولتين».

و

ما رواه الشيخ (۱)فى الصحيح عن ابن أذينه و زراره و بكير و محمد بن مسلم و بريد بن معاويه و الفضيل بن يسار و إسماعيل الأزرق و معمر بن يحيى بن بسام كلهم سمعه عن أبى جعفر عليه السلام و عن ابنه أبى عبد الله عليه السلام بصوره ما قالوا و إن لم أحفظ حروفه غير أنه لم يسقط جمل معناه:

إن الطلاق الذى أمر الله به فى كتابه و سنه نبيه صلى الله عليه و آله و سلم أن المرأه إذا حاضت و طهرت من حيضها أشهد رجلين عدلين قبل أن يجامعها على تطليقه،ثم هو أحق برجعتها ما لم تمض لها ثلاثه قروء،فإن راجعها كانت عنده على تطليقتين و إن مضت ثلاثه قروء قبل أن يراجعها فهى أملك بنفسها، فإن أراد أن يخطبها مع الخطاب خطبها،فإن تزوجها كانت عنده على تطليقتين، و ما خلا هذا فليس بطلاق.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب (۲)عن زراره عن أبى جعفر عليه السلام

«فى الرجل يطلق امرأته تطليقه ثم يراجعها بعد انقضاء عدتها،فإذا طلقها الثالثه لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره»الحديث.

و ما رواه

فى الكافى (۳)عن صفوان عن ابن مسكان عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام

فى المطلقه التطليقه الثالثه لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره و يذوق عسيلتها».

و نحو هذه الروايه مما دل بإطلاقه على ما ذكرناه ما رواه

الشيخ (۴)فى

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۶۹ ح ۷،التهذيب ج ۸ ص ۲۸ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۵۱ ب ۳ ح ۷ و ما فى المصادر اختلاف يسير.

۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۷۶ ح ۴،التهذيب ج ۸ ص ۳۳ ح ۱۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۵۲ ب ۳ ح ۹.

۳- ۳) الكافى ج ۶ ص ۷۶ ح ۳،التهذيب ج ۸ ص ۳۳ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۵۳ ب ۳ ح ۱۰ و ما فى المصادر«عسيلتها».

۴- ۴) التهذيب ج ۸ ص ۶۶ ح ۱۳۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۵۰ ب ۳ ح ۱.

الصحیح عن محمد بن إسماعیل بن بزیع عن الرضا علیه السلام قال: «البکر إذا طلقت ثلاثه مرات و تزوجت من غیر نکاح فقد بانت منه،و لا تحل لزوجها حتی تنکح زوجا غیره».

و نحوها روایه طربال (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام.

و عن عبد الله بن سنان (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی امرأه طلقها زوجها ثلاثا قبل أن یدخل بها،قال:لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره».

و أما ما یدل علی ما ذهب إلیه ابن بکیر من أن استیفاء العده یهدم الطلاق المتقدم،و لا تحتاج المطلقه کذلک إلی محلل بعد الثالثه،فهو ما رواه

الشیخ (۳)عن ابن بکیر عن زراره قال:

«سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول:الطلاق الذی یحبه الله و الذی یطلقه الفقیه و هو العدل بین المرأه و الرجل أن یطلقها فی استقبال الطهر بشهاده شاهدین و إراده من القلب ثم یترکها حتی تمضی ثلاثه قروء،فإذا رأت الدم فی أول قطره من الثالثه و هو آخر القروء-لأن الأقراء هی الأطهار-فقد بانت منه،و هی أملک بنفسها،فإن شاءت تزوجته و حلت له بلا زوج،فإن فعل هذا بها مائه مره هدم ما قبله و حلت بلا زوج،و إن راجعها قبل أن تملک نفسها ثم طلقها ثلاث مرات یراجعها و یطلقها لم تحل له إلا بزوج».

و ما رواه

فی الکافی (۴)عن حمید بن زیاد،عن عبد الله بن أحمد عن ابن أبی عمیر عن ابن المغیره عن شعیب الحداد،عن المعلی بن خنیس عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یطلق امرأته ثم لم یراجعها حتی حاضت ثلاث حیض،ثم تزوجها ثم طلقها فترکها حتی حاضت ثلاث حیض،ثم تزوجها،ثم طلقها من غیر أن یراجع،ثم ترکها حتی حاضت ثلاث حیض،قال:له أن یتزوجها أبدا ما لم

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۶۵ ح ۱۳۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۵۰ ب ۳ ح ۲.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۶۵ ح ۱۳۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۵۰ ب ۳ ح ۳.
۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۳۵ ح ۲۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۵۵ ب ۳ ح ۱۶ و فیهما اختلاف یسیر.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۷۷ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۵۴ ب ۳ ح ۱۳ و فیهما اختلاف یسیر.

یراجع و یمس.و کـان ابن بکیر و أصـحابه یقولون هـذا مـا أخـبرنی ابن المغیره، قـال:قلت له:من أین قلت هـذا؟قـال:قلته من قبل روایه رفـاعه،روی عن أبی عبـد الله علیه السـلام أنه یهـدم مـا مضـی،قـال:قلت له:فـإن رفـاعه إنما قال:طلقها،ثم نزوجها رجل ثم طلقها،ثم تزوجها الأول،إن ذلک یهدم الطلاق الأول».

و عن حمید بن زیاد عن ابن سماعه عن محمد بن زیاد و صفوان عن رفاعه (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سأله عن رجل طلق امرأه حتی بانت منه و انقضت عـدتها،ثم تزوجت زوجا آخر فطلقها أیضا،ثم تزوجها زوجها الأول،أ یهـدم ذلک الطلاق الأول؟قال:نعم.قال ابن سـماعه:و کان ابن بکیر یقول:المطلقه إذا طلقها زوجها ثم ترکها حتی تبین ثم تزوجها فإنما هی عنده علی طلاق مستأنف قال:و ذکر الحسـین بن هاشم أنه سأل ابن بکیر عنها،فأجابه بهذا الجواب، فقال له:سـمعت فی هذا شیئـا؟فقـال:روایه رفـاعه،فقـال:إن رفـاعه روی إذا دخـل بینهمـا زوج،فقـال:زوج و غیر زوج عنـدی سواء،فقلت:سـمعت فی هـذا شیئا؟فقال:لا،هذا ما رزق الله عز و جل من الرأی،قال ابن سماعه:و لیس نأخذ بقول ابن بکیر،فإن الروایه إذا کان بینهما زوج».

و عن محمد بن أبی عبد الله عن معاویه بن حکیم عن ابن المغیره (۲)قال:

« سألت عبـد الله بـن بکیر عـن رجـل طلـق امرأتـه واحـده ثـم ترکهـا حـتی بـانت منـه ثم تزوجهـا،قـال:هی معه کمـا کـانت فی التزویـج،قال:قلت له:فإن روایه رفاعه إذا کان بینها زوج،فقال لی عبـد الله:هـذا زوج و هذا مما رزق الله من الرأی و متی ما طلقها واحده فبانت منه ثم تزوجها زوج آخر ثم طلقها زوجها

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۷۷ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۵۳ ب ۳ ح ۱۱ و فیهما اختلاف یسیر.

۲- ۲) الکـافی ج ۶ ص ۷۸ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۳۰ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۵۳ ب ۳ ح ۱۲ و مـا فی المصادر اختلاف یسیر،و عباره«قال معاویه بن حکیم.» غیر موجوده فی التهذیب و الوسائل.

فتزوجها الأول فهی عنده مستقبله کما کانت،فقلت لعبد الله:هذا بروایه من؟ فقال:هذا مما رزق الله تعالی.

قال معاویه بن حکیم:روی أصحابنا عن رفاعه ابن موسی

أن الزوج یهدم الطلاق الأول،فإن تزوجها فهی عنده مستقبله.قال أبو عبد الله علیه السلام:یهدم الثلاث و لا یهدم الواحده و الثنتین. و روایه رفاعه عن أبی عبد الله علیه السلام هو الذی احتج به ابن بکیر»انتهی ما ذکره فی الکافی.

و قد تقدم نقل کلام الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی (۱)کما عبر به الصدوق فی الفقیه.

إذا عرفت ذلک فاعلم أن الشیخ بعد نقل الروایه الأولی التی رواها ابن بکیر عن زراره أجاب عنها فقال (۲):فهذه الروایه أوکد شبهه من جمیع ما تقدم من الروایات،لأنها لا تحتمل شیئا مما قلناه،لکونها مصرحه خالیه من وجوه الإضمار إلا أن فی طریقها عبد الله بن بکیر،و قد بینا من الأخبار ما تضمن أنه قال حین سئل عن هذه المسأله«هذا مما رزق الله من الرأی-ثم قال:-و من هذه صورته فیجوز أن یکون أسند ذلک إلی روایه زراره نصره لمذهبه الذی کان أفتی به، و أنه لما رأی أصحابه لا یقبلون ما یقوله برأیه أسنده إلی من رواه عن أبی جعفر علیه السلام،و لیس عبد الله بن بکیر معصوما لا یجوز علیه هذا،بل وقع عنه من العدول عن اعتقاد مذهب الحق إلی اعتقاد مذهب الفطحیه ما هو معروف من مذهبه، و الغلط فی ذلک أعظم من إسناده فیما یعتقد صحته بشبهه إلی بعض أصحاب الأئمه علیهم السلام،و إذا کان الأمر علی ما قلناه لم یعرض هذه الروایه ما قدمناه،انتهی.

و اعترضه جمله من أفاضل المتأخرین و متأخریهم،بأن هذا القدح العظیم فی ابن بکیر ینافی ما صرح به فی فهرسته من توثیقه،و ما رواه الکشی من الإجماع علی تصحیح ما یصح عنه،و یوجب عدم جواز العمل بروایته مع أنهم متفقون علی

۱- ۱) فقه الرضا ص ۲۴۲ قوله«سمی طلاق السنه.إلخ».

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۳۵ بعد ذکر حدیث ۲۶ و فیه اختلاف یسیر.

العمل بها،بل ترجيحها بما تقدم من الإجماع المذكور على غيرها.

و أنت خبير بأنه لا يخفى على المعترض-فيما قدمناه من الروايات عن الكافى المتضمنه لمحاجه الأصحاب لعبد الله المذكور فيما تفرد به و ذهب إليه،و جوابه تاره بالأخذ بروايه رفاعه،مع أن روايه رفاعه إنما تضمنت الهدم بالزوج الثانى،لا بمجرد استيفاء العده كما ادعاه،و جوابه تاره بأن هذا مما رزقه الله من الرأى،-أنه لو كان لهذه الروايه التى نقلها عن زراره عن أبى جعفر عليه السلام أصل يومئذ لكانت هى الأولى لاحتجاجه و إلجام ألسنه المعترضين عليه،و حيث لم يحتج بها و لم يذكرها علم أنها مخترعه بعد ذلك،و أنه لما رأى عدم قبول قوله و ما احتج به فى تلك الأخبار عدل إلى هذه الروايه لما ذكره الشيخ من الشبهه التى عرضت له.

و منه يعلم الجواب عما اعترضوا به الشيخ من أن ذلك موجب لعدم جواز العمل بروايه عبد الله المذكور،لأن الشيخ لم يطعن عليه بأنه يعتقد المخالفه فى الحكم الشرعى،و إنما أسند إليه عروض الشبهه فى ذلك و أنه بسبب عروض هذه الشبهه و توهم أنها حق روى عن زراره هذه الروايه.

و الأقرب عندى هو حمل ما ذكره ابن بكير من هذه الأقوال و كذا روايه صحيحه زراره على التقيه و أن ابن بكير كان عالما بالحكم المذكور فى كلام الأصحاب،و لكنه عدل عن القول به و إظهار الإفتاء به تقيه،و على هذا يحمل صدر روايه معلى بن خنيس المتقدمه.

و بالجمله فإن شهره الحكم بين متقدمى الأصحاب و متأخريهم مع اعتضادها بما قدمناه من الأخبار المتكاثره ظاهره فى أن ذلك هو مذهبهم عليهم السلام،و أن القول بخلاف ذلك ضعيف.

و من الأخبار الداله على مذهب ابن بكير أيضا ما رواه

الشيخ (۱)فى الصحيح

ص :۲۸۲

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۳۰ ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۵۵ ب ۳ ح ۱۵.

عن عبد الله بن سنان قال: «إذا طلق الرجل امرأته فليطلق على طهر بغير جماع بشهود،فإن تزوجها بعد ذلك فهى عنده على ثلاث و بطلت التطليقه الاولى،و إن طلقها اثنتين ثم كف عنها حتى تمضى الحيضه الثالثه بانت منه بثنتين،و هو خاطب من الخطاب،فإن تزوجها بعد ذلك فهى عنده على ثلاث تطليقات و بطلت الاثنتان،فإن طلقها ثلاث تطليقات على العده لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره».

و حمله الشيخ على أنه تزوجها بعد العده و بعد أن تزوجها زوج آخر، و لا يخفى بعده،و الأظهر حمله على ما حملنا عليه أمثاله،على أن الروايه المذكوره مقطوعه،و إنما هى فتوى عبد الله بن سنان فلا تقوم به حجه.

مسائل

اشاره

[المسأله] الاولى:فى طلاق الحامل

لا خلاف بين الأصحاب فى جواز طلاقها مره، و عليه تدل جمله من الأخبار مثل

قول أبى عبد الله عليه السلام فى صحيحه الحلبى (1)

«لا بأس بطلاق خمس على كل حال:الغائب عنها زوجها،و التى لم تحض،و التى لم يدخل بها،و الحبلى،و التى يئست من المحيض».

و قول أبى جعفر عليه السلام فى روايه إسماعيل بن جابر الجعفى (2)

«خمس يطلقن على كل حال:الحامل المتيقن حملها»الحديث،. و بهذا المضمون أخبار عديده،و إنما يجوز تطليق هؤلاء على كل حال،لأنهن مأمونات من العلوق.

إنما الخلاف بين الأصحاب فيما زاد على المره،فقال الصدوقان فى الرساله و المقنع:و إن راجعها-يعنى الحبلى-قبل أن تضع ما فى بطنها،أو يمضى لها ثلاثه أشهر،ثم أراد طلاقها فليس له ذلك حتى تضع ما فى بطنها و تطهر ثم يطلقها.و هو ظاهر فى المنع من الطلاق ثانيا ما دامت حاملا،أو يمضى ثلاثه

١- ١) الكافى ج ۶ ص ٧٩ ح ٢،الوسائل ج ١۵ ص ٣٠۶ ب ٢۵ ح ٣ و فيهما اختلاف يسير.

٢- ٢) الكافى ج ۶ ص ٧٩ ح ١،الوسائل ج ١۵ ص ٣٠۵ ح ١ و فيهما اختلاف يسير.

أشهر أعم من أن یکون للعده و غیره.

و قال الشیخ فی النهایه:و إن أراد أن یطلق امرأته و هی حبلی یستبین حملها فیطلقها أی وقت شاء،و إذا طلقها واحده کان أملک برجعتها ما لم تضع ما فی بطنها،فإذا راجعها و أراد طلاقها للسنه لم یجز له ذلک حتی تضع ما فی بطنها،فإذا راجعها[و]أراد طلاقها للعده واقعها ثم طلقها بعد المواقعه،فإذا فعل ذلک فقد بانت منه بطلقتین،و هو أملک برجعتها،فإن راجعها و أراد طلاقها ثالثه واقعها،ثم یطلقها،فإذا طلقها الثالثه لم تحل له حتی تنکح زوجها غیره.

و تبعه ابن البراج و ابن حمزه.

و ذهب ابن الجنید إلی المنع من طلاق العده إلا بعد شهر،و لم یتعرض لغیره قال علی ما نقله فی المختلف:و الحبلی إذا طلقها زوجها وقع علیها الطلاق،و له أن یرتجعها،فإن أراد طلاقها ترکها شهرا من حال جماعه فی الرجعه ثم طلقها فإن ارتجعها الثانیه و أراد طلاقها طلقها کذلک،فإذا ارتجعها ثم طلقها کذلک لم تحل له حتی تنکح زوجها غیره.

و ذهب ابن إدریس و المحقق و جماعه إلی جواز طلاقها مطلقا کغیرها، و أنه یجوز طلاقها للسنه کما یجوز للعده،إذ لا مانع من إجماع و لا کتاب و لا سنه متواتره،و الأصل الصحه مع عموم«فإن طلقها».

أقول:و الأصل فی هذا الاختلاف اختلاف أخبار المسأله،فالواجب أولا نقل ما وصل إلینا من أخبار المسأله ثم الکلام فیها بما رزقه الله تعالی فهمه منها.

فمنها ما رواه

الشیخ فی التهذیب (1)عن الحلبی فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«طلاق الحامل واحده،و إن شاءت راجعها قبل أن تضع،فإن وضعت قبل أن یراجعها فقد بانت منه و هو خاطب من الخطاب».

1- 1) التهذیب ج 8 ص 71 ح 155،الوسائل ج 15 ص 380 ب 20 ح 2 و فیهما«و ان شاء».

و عن إسماعيل الجعفى (۱)فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«طلاق الحامل واحده،فإذا وضعت ما فى بطنها فقد بانت منه». و رواه الكلينى نحوه.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (۲)عن الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«طلاق الحامل واحده و عدتها أقرب الأجلين».

و عن أبى بصير (۳)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«الحبلى تطلق تطليقه واحده».

و ما رواه

فى الكافى (۴)بأسانيد عديده فيها الصحيح عن إسماعيل الجعفى عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«طلاق الحامل واحده فإذا وضعت ما فى بطنها فقد بانت منه».

و ما رواه الصدوق فى الفقيه (۵)عن زراره عن أبى جعفر عليه السلام مثله،و طريقه إلى زراره صحيح فى المشيخه.

و ما رواه

فى التهذيب (۶)عن سماعه فى الموثق قال:

«سألته عن طلاق الحبلى، فقال:واحده،و أجلها أن تضع حملها».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (۷)عن الحلبى فى الصحيح قال:

«طلاق الحبلى واحده و أجلها أن تضع حملها و هى أقرب الأجلين».

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۸۱ ح ۵،التهذيب ج ۸ ص ۷۰ ح ۱۵۳ و فيه«طلاق الحامل واحده و لأجلها أن تضع حملها.»،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۰ ب ۲۰ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۸۱ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۷۰ ح ۱۵۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۰ ب ۲۰ ح ۳.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۸۱ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۷۰ ح ۱۵۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۱ ب ۲۰ ح ۴.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۸۱ ح ۵،التهذیب ج ۸ ص ۷۰ ح ۱۵۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۱ ب ۲۰ ح ۱.

۵- ۵) الفقیه ج ۳ ص ۳۲۹ ح ۱.

۶- ۶) التهذیب ج ۸ ص ۷۱ ح ۱۵۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۱ ب ۲۰ ح ۵.

۷- ۷) الکافی ج ۶ ص ۸۲ ح ۸،التهذیب ج ۸ ص ۷۱ ح ۱۵۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۹ ب ۹ ح ۶،و ما فی المصادر«و هو أقرب.».

و ما رواه

فی الفقیه و التهذیب (۱)عن محمد بن منصور الصیقل عن أبیه عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یطلق امرأته و هی حبلی،قال:یطلقها.قلت:فیراجعها؟ قال:نعم یراجعها،قلت:فإنه بـدا له بعد ما راجعها أن یطلقها،قال:لا، حتی تضع».

و ما رواه

فی الکافی (۲)فی الصحیح عن برید الکناسی و هو مجهول قال:

« سألت أبا جعفر علیه السـلام عن طلاق الحبلی فقال:یطلقها واحده للعده بالشـهور و الشهود، قلت:فله أن یراجعها؟قال:نعم و هی امرأته،قلت:فإن راجعها و مسها ثم أراد أن یطلقها تطلیقه أخری،قال:لا یطلقها حتی یمضی لها بعد ما مسها شهر،قلت:

فإن طلقها ثانیه و أشـهد علی طلاقها ثم راجعها و أشـهد علی رجعتها و مسـها،ثم طلقها التطلیقه الثالثه و أشـهد علی طلاقها لکل عـده شـهر،هـل تـبین منـه کمـا تـبین المطلقـه علی العـده الـتی لاـ تحـل لزوجهـا حـتی تنکـح زوجـا غیره؟قـال:نعـم، قلـت:فما عدتها؟قال:عدتها أن تضع ما فی بطنها،ثم قد حلت للأزواج».

و ما رواه

فی التهذیب (۳)عن إسحاق بن عمار فی الموثق قال:

«قلت لأبی إبراهیم علیه السلام:الحامل یطلقها زوجها ثم یراجعها ثم یطلقها ثم یراجعها ثم یطلقها الثالثه،قال:تبین منه،و لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره».

و عن إسحاق بن عمار (۴)فی الموثق عن أبی الحسن علیه السلام قال:

«سألته عن رجل طلق امرأته و هی حامل،ثم راجعها ثم طلقها ثم راجعها ثم طلقها الثالثه،

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۳۳۱ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۷۱ ح ۱۵۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۱ ب ۲۰ ح ۷.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۸۲ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۲ ب ۲۰ ح ۱۱ و الصحیح «یزید الکناسی»مع اختلاف یسیر.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۷۱ ح ۱۵۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۱ ب ۲۰ ح ۶.

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۷۳ ح ۱۶۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۲ ب ۲۰ ح ۱۰.

فی یوم واحد،تبین منه؟قال:نعم».

و ما رواه

فی التهذیب (۱)عن ابن بکیر عن بعضهم قال:

«فی الرجل تکون له المرأه الحامل و هو یرید أن یطلقها قال:یطلقها إذا أراد الطلاق بعینه یطلقها بشهاده الشهود،فإن بدا له فی یومه أو من بعد ذلک أن یراجعها یرید الرجعه بعینها فلیراجع و یواقع ثم یبدو له فیطلق أیضا ثم یبدو له فیراجع کما راجع أولا، ثم یبدو له فیطلق فهی التی لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره إذا کان إذا راجع یرید المواقعه و الإمساک و یواقع».

و عن إسحاق بن عمار (۲)فی الموثق عن أبی الحسن الأول علیه السلام قال:

«سألته عن الحبلی تطلق الطلاق التی لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره؟قال:نعم،قلت:

أ لست قلت لی إذا جامع لم یکن له أن یطلق؟قال:إن الطلاق لا یکون إلا علی طهر قد بان،أو حمل قد بان،و هذه قد بان حملها».

أقول:لما توهم السائل عدم جواز الطلاق بعد الجماع قبل الاستبراء أجابه علیه السلام بأن هذا فی غیر الحامل المستبین حملها لتکاثر الأخبار کما عرفت بأنها من اللواتی یطلقن علی کل حال.

و قال الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی (۳):

«و أما طلاق الحامل فهو واحد، و أجلها أن تضع ما فی بطنها،و هو أقرب الأجلین،فإذا وضعت أو سقطت یوم طلقها أو بعده متی کان فقد بانت منه و حلت للأزواج،فإن مضی لها ثلاثه أشهر من قبل أن تضع فقد بانت منه،و تحل للأزواج حتی تضع،فإن راجعها من قبل أن تضع ما فی بطنها أو یمضی لها ثلاثه أشهر ثم أراد طلاقها فلیس له ذلک حتی تضع ما فی بطنها و تطهر ثم یطلقها».

هذا ما حضرنی من الأخبار فی المقام،و الشیخ قد حمل الأخبار الأوله الداله

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۷۲ ح ۱۶۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۲ ب ۲۰ ح ۹ مع اختلاف یسیر فی الحدیثین الأخیرین.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۷۱ ح ۱۵۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۲ ب ۲۰ ح ۸ مع اختلاف یسیر فی الحدیثین الأخیرین.
۳- ۳) فقه الرضا ص ۲۴۴ مع اختلاف یسیر.

بظاهرها على انحصار طلاق الحامل فى الواحده على طلاق السنه جمعا بين الأخبار المذكوره و ما قابلها،و هو جيد كما يظهر لك إن شاء الله تعالى.

و السيد السند فى شرح النافع لما كان مطمح نظره متعلقا بالأسانيد،فهو يدور مدار الأسانيد الصحيحه،رجح العمل بالأخبار الداله على انحصار طلاقها فى الواحده لكثره الأخبار الصحاح فيها،فقال بعد البحث فى المسأله:و الذى يقتضيه الوقوف مع الأخبار الصحيحه المستفيضه الحكم بأن طلاق الحامل واحد،لكن المصنف فى الشرائع ادعى الإجماع على جواز طلاق الحامل ثانيا للعده،ثم نقل الخلاف فى طلاقها للسنه، و نقل عنه أنه قال فى بعض تحقيقاته:الوجه الاعراض عن أخبار الآحاد و الالتفات إلى ما دل عليه القرآن من جواز طلاقها مطلقا،و يشكل بأن الأخبار المتضمنه-لأن (١)طلاق الحامل واحده-مستفيضه كما عرفت و أسانيدها معتبره،و ليس لها ما يصلح للمعارضه،فإطراحها مشكل،انتهى و هو جيد.

بناء على هذا الاصطلاح المحدث الذى هو عليه فإن الأخبار فى هذه المسأله ظاهره التعارض لدلاله ظاهر أخبار الواحده على انحصار طلاق الحامل فيها،و إنها لا تطلق إلا واحده،فلو راجعها قبل خروج العده فليس له أن يطلقها إلا بعد وضع الحمل كما دلت عليه روايه الصيقل و كلام الرضا عليه السلام فى كتاب فقه الرضوى و دلاله الأخبار الباقيه على أنها تطلق ثانيه و ثالثه و هى حامل بعد المراجعه و المواقعه أو مع عدمها،و من قاعده أرباب هذا الاصطلاح أنهم لا يجمعون بين الأخبار إلا بعد التكافى فى الأسانيد،و أخبار الزياده على واحده قاصره عن المعارضه لضعف أسانيدها،فيتعين العمل بأخبار الواحده.

هذا حاصل كلامه-رحمه الله-و هذا هو مذهب الصدوقين،فإن ما نقله الأصحاب عنهما مما قدمنا ذكره فى صدر المسأله لم ينقل على وجهه،و رساله الشيخ على بن الحسين بن بابويه،و إن كانت لا تحضرنى الآن لكن المقنع عندى

١- ١) و الصحيح«بأن»كما يظهر من سياق العباره.

موجود،و الـذی فیه عین ما ذکر الرضا علیه السـلام فی کتاب الفقه الرضوی،و إن فرق بعض ألفاظه عن بعض إلا أن المرجع إلی أمر واحد،و هذه صوره ما فیه:

و اعلم أن أولات الأحمال أجلهن أن یضـعن حملهن،و هو أقرب الأجلین، و إذا وضـعت أو أسقطت یوم طلقها أو بعده متی کان فقد بانت منه فلا تحل للأزواج حتی تضع،فإن راجعها قبل أن تضع ما فی بطنها أو یمضی لها ثلاثه أشهر ثم أراد طلاقها فلیس له حتی تضع مـا فی بطنهـا ثم تطهر و یطلقهـا،و سـئل الصـادق علیه السـلام عن المرأه الحامـل یطلقها زوجها ثم یراجعها ثم یطلقها الثالثه،فقال:قد بانت منه،و لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره،و طلاق الحامل واحده و عدتها أقرب الأجلین،انتهی.

و أنت خبیر بـأن المفهوم منه هو ما نقلناه عن کتاب الفقه،فإنه أفتی فیه بکون طلاق الحامل واحـده و عـدتها أقرب الأجلین،و هو وضع الحمل کما هو مذهبه فی المسأله،و أفتی بناء علی ذلک بأنه لو راجعها قبل مضـی العده و هی ثلاثه أشـهر أو وضع الحمل فـإنه لیس طلاقهـا إلا بعـد وضع الحمل،و هو ظاهر بل صـریح فی أنه لا یجوز له طلاقها ثانیا ما دامت حاملا،ثم نقل عن الصادق علیه السـلام مضـمون مـا دلت علیه موثقتـا عمار المتقـدمتان من جواز الزیاده علی طلقه واحـده،و فی نسـبه ذلک إلی الروایه مع إفتائه بخلافه ما یدل علی اختلاف الروایه یومئذ عندهم،و لکن الراجح عنده ما أفتی به اعتمادا علی الکتاب الذی أفتی بعبارته، و مثله کثیر قـد قـدمنا التنبیه علیه،سـیما فی کتب العبـادات من اعتمـاد الصـدوقین علی الکتاب المـذکور و الإفتاء بعبائره فی مقابله الأخبار الصحیحه الصریحه المتکاثره الداله علی خلاف ذلک.

و مما شـرحناه یظهر لک أن مسـتند الصدوقین فیما ذهبا إلیه إنما هو کتاب الفقه الرضوی کما عرفته فی غیر موضع مما تقدم من الکتب السابقه،و أن مذهب الصدوقین هو ما یظهر من السید السند التعویل علیه،و لیته کان حیا فأهدیه إلیه.

ص :۲۸۹

نعم يبقى الإشكال فى الروايات الأخر و ما دلت عليه من جواز التعدد، و الشيخ قد جمع بين أخبار المسأله كملا بحمل ما دل على أن طلاق الحامل واحده و لا يجوز ما زاد عليها على طلاق السنه بالمعنى الأخص،و حمل الأخبار الداله على جواز الزياده على واحده على طلاق العده.

و اعترضه الشهيد الثانى(أولا)بأن محل الخلاف إنما هو الطلاق الثانى لا الأول للاتفاق على صحه الأول كما تقدم،و استفاضه الأخبار به سنيا كان أو عديا،و الطلاق السنى بالمعنى الأخص لا يقع ثانيا بالنسبه إلى الحامل لأنها بعد الطلاق الأول للسنه-الذى شرطه الخروج من العده-لا يجوز العقد عليها إلا بعد وضع الحمل،و حينئذ لا يكون حاملا،فلو طلقها و الحال هذه لم يدخل فى محل البحث.

نعم الطلاق الأول يصدق عليه أنه للسنه متى تركها حتى وضعت حملها، لكنه ليس محل خلاف،إنما محله الطلاق الثانى كما عرفت،و هو لا يتم فى الحامل بالكليه.

و(ثانيا)بأن تخصيصه الجواز بالعدى،فيه أن الأخبار قد دلت على جواز التعدد،و إن لم يكن عديا كموثقتى إسحاق بن عمار الأولتين من موثقاته الثلاث المتقدمه،فإن ظاهرهما المراجعه من غير مواقعه،و هو ليس بعدى و لا سنى بالمعنى الأخص،نعم هو سنى بالمعنى الأعم.

أقول:يمكن الجواب عما ذكره-رحمه الله-أما عن(الأول)فبأنه و إن كان محل الخلاف إنما هو الطلاق الثانى للحامل كما ذكر-رحمه الله-إلا أن الشيخ لم يلحظ ذلك،لأن مطمح نظره إلى الجمع بين أخبار المسأله،و جمله منها قد صرحت بالانحصار فى الطلقه الواحده،فلا يجوز طلاقها ثانيا،و جمله منها صرحت بالزياده على الواحده،و الشيخ حمل الواحده فى هذه الأخبار و هى التى لم يقع قبلها طلقه على طلاق السنه،بمعنى أنه إذا أراد أن يطلق الحامل

طلاق السنه طلقها طلقه واحده،و تركها حتى تضع حملها،و لا يجوز أن يراجعها و يطلقها قبل الوضع طلاقا سنيا،لأنه مشروط بالخروج من العده التى هى هنا وضع الحمل،فطلاق السنه طلاقا ثانيا لا يكون للحامل بالكليه،فإنها بعد وضع الحمل لو طلقت لم يكن طلاق حامل فيخرج عن محل البحث.

و أما عن(الثانى)فبأن يقال:إنه لا ريب أن أخبار الزياده على واحده منها ما هو صريح فى طلاق العده كروايه بريد الكناسى (١)،و إن اشتملت على الشهر هنا زياده على ما شرط فى طلاق العده فى غير هذا الموضع،و روايه ابن بكير عن بعضهم.

و منها ما هو مطلق كموثقتى إسحاق بن عمار الأولتين من الثلاث المتقدمات و طريق الجمع بينها تقييد إطلاق هاتين الروايتين بما دلت عليه الروايتان الأخريان،و الظاهر أن هذا هو الذى قصده الشيخ-رحمه الله عليه-و إلى ما ذكرناه يشير كلام العلامه فى المختلف،حيث قال بعد البحث فى المسأله ما لفظه:

و التحقيق فى هذا الباب أن يقول:طلاق العده و السنه واحد و إنما يصير للسنه بترك المراجعه و ترك المواقعه،و للعده بالرجعه فى العده و المواقعه،فإن طلقها لم يظهر أنه للسنه أو للعده إلا بعد وضع الحمل،لأنه إن راجع قبله كان طلاق العده،و إن تركها حتى تضع كان طلاق السنه،فإن قصد الشيخ ذلك فهو حق، و تحمل الأخبار عليه،انتهى.

أقول:لا ريب أن هذا هو الذى قصده الشيخ-رحمه الله-و إن خرج فيه عن محل البحث،حيث إن مراده الجمع بين أخبار المسأله و كلام العلامه كما ترى إنما هو بالنسبه إلى الطلاق الأول فهو الذى حمل عليه كلام الشيخ،و بذلك يعلم اندفاع ما أورده شيخنا المتقدم ذكره على الشيخ-رحمه الله عليه.

١- ١) و الصحيح كما سبق ذكره«يزيد الكناسى».

نعم یبقی الکلام فیما دلت علیه روایه برید[یزید الکناسی]من اعتبار الشهر فی طلاق العده هنا،و الواجب تقیید ما أطلق من الأخبار بها إذ لا معارض لها -مع قوه سندها،فإن رواتها غیر الراوی المذکور من الثقات الإمامیه-إلا إطلاق الأخبار المذکوره،و هی قابله للتقیید بها،و حینئذ فمتی راجع و واقع لم یجز له الطلاق إلا بعد مضی شهر من یوم المواقعه،و یحتمل بالنسبه إلی موثقتی إسحاق بن عمار العمل بظاهرهما من جواز الطلاق ثانیا بعد المراجعه من غیر مواقعه،و إن لم یکن عدیا و لا سنیا بالمعنی الأخص بل بالمعنی الأعم، و لعله أظهر،و قد تلخص مما ذکرنا أنه متی أراد الطلاق للسنه و لیس له أن یطلقها إلا طلقه واحده و یترکها حتی تضع حملها و إن أراد الطلاق للعده،فإن رجع و واقع فلیس له الطلاق ثانیا إلا بعد مضی الشهر،فإن لم یواقع بناء علی ما ذکرنا من الاحتمال فله أن یطلقها متی شاء،و حینئذ فیثبت للحامل طلاق السنه بالمعنی الأخص و طلاق العده خاصه بناء علی کلام الشیخ و من تبعه، و طلاق السنه بالمعنی الأعم بناء علی ما ذکرناه من الاحتمال عملا بإطلاق الموثقتین المذکورتین.

و من ذلک یعلم أنه متی کان محل الخلاف هو الطلاق الثانی-کما هو ظاهر کلام الأصحاب و به صرح فی المسالک و غیره-فی غیره-فإنه لا یجری ذلک فی طلاق السنه لما عرفت آنفا،و إنما تطلق للعده خاصه بقاء علی کلام الشیخ، و للسنه بالمعنی الأعم علی ما ذکرناه من الاحتمال،فما ذکره ابن إدریس و من تبعه من المتأخرین-و منهم شیخنا فی المسالک من جواز تطلیقها مطلقا کغیرها- لا أعرف له وجها.

قال فی المسالک بعد البحث فی المسأله ما صورته:و الحق الاعراض عن هذه التکلفات التی لم یدل علیها دلیل،و الرجوع إلی حکم الأصل من جواز طلاق الحامل کغیرها مطلقا،بشرائطه و عدم الالتفات إلی هذه الأخبار الضعیفه الاسناد المتناقضه الدلاله،و ما فیها من الصحیح لیس فیه ما ینافی الجواز و حمل أخبار النهی

عن الزائد على الكراهه،و جعله قبل شهر آكد،من غير أن يفرق بين كون الواقع طلاق عده أو سنه بمعنييه،و قد ظهر بذلك أن القول بجواز طلاقها مطلقا هو الأقوى.و اعلم أنه قد ظهر أن القول بجواز طلاقها ثانيا للعده وفاقى فى الجمله لأن المتأخرين جوزوه مطلقا،و الشيخ خص الجواز به،و ابن الجنيد قيده بعد شهر،و ابنا بابويه أطلقا جوازه بعد ثلاثه أشهر،و بذلك ظهر صحه ما ادعاه المصنف من جوازه إجماعا،و إن كان بعضهم يشترط فى صحته شرطا زائدا،لأن ذلك لا ينافى الحكم بجوازه فى الجمله.إلى آخر كلامه-رحمه الله.

و فيه نظر،أما(أولا)فإنه مع تسليم الاعراض عن الروايات الضعيفه باصطلاحهم فإنه لا يتم ما ذكره من الجواز مطلقا،قوله«و ما فيها من الصحيح ليس فيه ما ينافى الجواز ممنوع،لما عرفت من أن ظاهرها انحصار صحه طلاق الحامل فى الواحده،فلا يجوز غيرها،و هو ظاهر كلام سبطه فى شرح النافع كما قدمناه،و يؤيده تصريح روايه الصيقل و كلام الرضا عليه السلام فى كتاب الفقه، و كذا عباره المقنع بأنه ليس له أن يطلق بعد المراجعه حتى تضع.

و أما(ثانيا)فما ادعاه من جواز طلاقها للسنه بالمعنى الأخص فإنه غير مستقيم كما شرحناه آنفا،و بذلك اعترف أيضا فيما تقدم من كلامه،حيث قال فى الاعتراض على عباره الشيخ فى النهايه:و السنى بالمعنى الأخص لا يتحقق فى الحامل،لأنه لا يصير كذلك إلا بعد الوضع و العقد عليها ثانيا،و حينئذ فلا يكون حاملا،و الكلام فى الطلاق الواقع بالحامل.انتهى،فكيف يدعى هنا جوازه،ما هذا إلا عجب عجيب من هذا النحرير،و سهو ظاهر فى هذا التحرير.

و أما(ثالثا)فإن ما ادعاه فى تشييد دعوى الوفاق على جواز الطلاق العدى ثانيا من أن الصدوقين أطلقا جوازه بعد ثلاثه أشهر،أشد عجبا مما تقدم،فإن عبارتهما المنقوله فى كلامهم كما قدمنا ذكرها فى صدر المسأله صريحه فى أن ذكر الثلاثه أشهر إنما هو لصحه الرجعه لا للطلاق،و هذه صورتها:و إن راجعها

قبل أن تضع ما فی بطنها أو یمضی لها ثلاثه أشهر ثم أراد طلاقها فلیس له ذلک حتی تضع ما فی بطنها و تطهر ثم یطلقها.و هی صریحه فی أن الطلاق ثانیا لا یجوز إلا بعد الوضع و الطهاره من النفاس،و الثلاثه الأشهر إنما هی بالنسبه إلی صحه الرجوع،و ذلک لأن الحامل تبین بأقرب الأجلین،أما الثلاثه الأشهر أو الوضع.

و الغرض بیان أن الرجعه وقعت فی العده قبل مضی واحد من الأمرین المذکورین فتکون الرجعه صحیحه،أما لو أراد الطلاق ثانیا بعد هذه الرجعه فإنه لا یجوز له إلا بعد أن تضع،و یؤکده ما شرحناه سابقا من بیان مذهب الصدوقین فی هذه المسأله.فانظر إلی ما فی هذا الکلام من الخلل الظاهر لذوی الأفهام،و الغرض من التنبیه علی ما فی أمثال هذا المقال من السهو الواضح الناشئ من الاستعجال هو وجوب التأمل و تحقیق الحال،و عدم الرکون إلی من قال، و إن کان من مجلی حلبه الرهان فی ذلک المجال،و فی المشهور«اعرف الرجال بالحق،و لا تعرف الحق بالرجال»و بالجمله فالظاهر عندی هو العمل بجمله الأخبار المذکوره،و الجمع بینها ما قدمنا ذکره.

المسأله الثانیه [فی ما لو طلق الحامل المدخول بها ثم راجعها و واقعها]

لا خلاف بین الأصحاب فی أنه إذا طلق الحامل المدخول بها ثم راجعها و واقعها کما هو طلاق العده المتقدم فإنه یجوز أن یطلقها ثانیا، إنما الخلاف فیما إذا طلقها بعد المراجعه الخالیه من المواقعه،سواء کان فی طهر الطلاق الأول أو الطهر الذی بعده،و المشهور بین الأصحاب صحه الطلاق.

و نقل عن ابن أبی عقیل أنه خالف فی ذلک و حکم بعدم وقوع الطلاق علی هذا الوجه،سواء کان فی طهر الطلاق الأول أو الطهر الذی بعده،و هذه صوره عبارته علی ما نقله عنه غیر واحد منهم العلامه فی المختلف و غیره.

قال-رحمه الله-:لو طلقها من غیر جماع قبل تیسر المواقعه بعد الرجعه لم یجز ذلک،لأنه طلقها من غیره أن ینقضی الطهر الأول،و لا ینقضی الطهر الأول

إلا بتدليس المواقعه بعد المراجعه،فإذا جاز أن يطلق التطليقه الثانيه بلا طهر جاز أن يطلق كل تطليقه بلا طهر،و لو جاز ذلک لما وضع الله الطهر،انتهی.

و اعترضه شيخنا الشهيد الثانی فی المسالک بعد نقل عبارته بما هذا لفظه:

و إنما ذكرنا عبارته لاشتمالها على الاستدلال على حكمه،و به يظهر ضعف قوله مع شذوذه،فإنا لا نسلم أن الطهر لا ينقضی بدون المواقعه،للقطع بأن تخلل الحيض بين الطهرين يوجب انقضاء الطهر السابق،سواء واقع فيه أم لا.

ثم لا نسلم اشتراط انقضاء الطهر فی صحه الطلاق مطلقا.و إنما الشرط انقضاء الطهر الذی واقعها فيه،و هو منتف هنا لأن الطلاق الأول وقع بعده فی طهر آخر،لأنه الغرض فلا يشترط أمر آخر،انتهی.

أقول:و تحقيق المقام على وجه لا يعتريه النقض و الإبرام بما لم يسبق إليه سابق من علمائنا الأعلام-رفع الله تعالی أقدارهم فی دار السلام-قد سبق لی فی بعض أجوبه مسائل بعض الطلبه الكرام،و هو يتوقف على نقل ما ورد من الأخبار فی هذا المجال،ليتضح بذلک حقيقه الحال،و يظهر ما فی كلام جمله من الأصحاب من الاختلال،فنقول:

من الأخبار الداله على ما هو المشهور

موثقه إسحاق بن عمار (1)عن أبی الحسن عليه السلام قال:

«قلت له:رجل طلق امرأته ثم راجعها بشهود،ثم طلقها ثم بدا له فيراجعها بشهود،تبين منه؟قال:نعم،قلت:كل ذلک فی طهر واحد، قال:تبين منه». و هی كما ترى صريحه فی أن مجرد الرجعه كاف فی صحه الطلاق ثانيا و إن كان فی طهر الطلاق الأول.

و صحيحه عبد الحميد بن عواض و محمد بن مسلم (2)

«قالا:سألنا أبا عبد الله

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۹۲ ح ۲۳۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۹ ب ۱۹ ح ۵ و فيهما اختلاف يسير.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۴۵ ح ۵۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۸ ب ۱۹ ح ۱ و فيهما اختلاف يسير.

علیه السلام عن رجل طلق امرأته و أشهد علی الرجعه و لم یجامع،ثم طلق فی طهر آخر علی السنه أ تثبت التطلیقه الثانیه من غیر جماع؟قال:نعم،إذا هو أشهد علی الرجعه و لم یجامع کانت التطلیقه ثانیه». و هی صریحه أیضا فی المدعی،و الطلاق الثانی هنا وقع فی طهر آخر غیر طهر الطلاق الأول.

و صحیحه البزنطی (۱)قال:

«سألت الرضا علیه السلام عن رجل طلق امرأته بشاهدین،ثم راجعها و لم یجامعها بعد الرجعه حتی طهرت من حیضها،ثم طلقها علی طهرت بشاهدین،أ تقع علیها التطلیقه الثانیه و قد راجعها و لم یجامعها؟ قال:نعم».

و حسنه أبی علی بن راشد (۲)قال:

«سألته مشافهه عن رجل طلق امرأته بشاهدین علی طهر،ثم سافر و أشهد علی رجعتها،فلما قدم طلقها من غیر جماع، أ یجوز ذلک له؟قال:نعم،قد جاز طلاقها». و هما صریحتان أیضا فی المدعی.

و استدل جمله من الأصحاب علی ذلک أیضا بما ورد من الأخبار دالا علی تحقق الرجعه مع عدم الجماع

کصحیحه عبد الحمید الطائی (۳)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«قلت له:الرجعه بغیر جماع تکون رجعه؟قال:نعم».

و ظنی أن هذا الاستدلال لیس فی محله،فإنه لا یفهم من کلام ابن أبی عقیل منع حصول الرجعه إلا بالجماع معها،بل ظاهر عبارته أن مراده إنما هو کون الجماع شرط فی صحه الطلاق الواقع بعد الرجعه،فالرجعه تقع و إن لم یکن ثمه جماع،و لکن لو طلقها و الحال هذه لم تحسب له إلا بالتطلیقه الأولی دون هذه.

و الذی یدل علی ما ذهب إلیه ابن أبی عقیل

صحیحه عبد الرحمن بن

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۴۵ ح ۵۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۹ ب ۱۹ ح ۲.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۴۵ ح ۶۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۹ ب ۱۹ ح ۴.
۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۴۴ ح ۵۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۸ ب ۱۸ ح ۱.

الحجاج (۱)قال: «قال أبو عبد الله علیه السلام فی الرجل یطلق امرأته،له أن یراجع؟ قال:لا یطلقن التطلیقه الأخری حتی یمسها».

و روایه المعلی بن خنیس (۲)عن أبی عبد الله

«فی الرجل یطلق امرأته تطلیقه،ثم یطلقها الثانیه قبل أن یراجع،فقال أبو عبد الله علیه السلام:لا یقع الطلاق الثانی حتی یراجع و یجامع».

و موثقه إسحاق بن عمار (۳)عن أبی إبراهیم علیه السلام قال:

«سألته عن رجل یطلق امرأته فی طهر من غیر جماع،ثم راجعها من یومه ذلک ثم یطلقها،أ تبین منه بثلاث طلقات فی طهر واحد؟فقال:خالف السنه،قلت:فلیس ینبغی له إذا هو راجعها أن یطلقها إلا فی طهر آخر؟قال:نعم،قلت:حتی یجامع؟ قال:نعم».

هذه الروایات الثلاث صریحه فیما ذهب إلیه ابن أبی عقیل،مع أنه لم ینقلها،و إنما نقلها الأصحاب له فی کتب الاستدلال،و استدل له فی المختلف و تبعه علیه جمله من المتأخرین عنه

بروایه أبی بصیر (۴)عن أبی عبد الله قال:

« المراجعه هی الجماع و إلا فإنما هی واحده».

و فی هذا الاستدلال ما عرفت آنفا،و الظاهر أنهم فهموا من منع ابن أبی عقیل من الطلاق ثانیا بعد الرجعه بدون جماع أن الوجه فیه عدم حصول الرجعه بالکلیه،فیصیر الطلاق لاغیا.و أنت خبیر بأنه لا دلاله فی کلامه علی ذلک إذ أقصی ما یدل علیه عدم صحه ذلک الطلاق الأخیر خاصه،و أما أن العله فیه عدم

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۴۴ ح ۵۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۶ ب ۱۷ ح ۲ و فیهما اختلاف یسیر.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۴۶ ح ۶۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۷ ب ۱۷ ح ۵ و فیهما اختلاف یسیر.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۶۰ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۷ ب ۱۷ ح ۳ و فیهما اختلاف یسیر.
۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۴۴ ح ۵۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۶ ب ۱۷ ح ۱ و فیهما اختلاف یسیر.

حصول الرجعه،فلا دلاله فیه علیه.

و یدل علی هذا القول أیضا

صحیحه زراره (۱)عن أبی جعفر علیه السلام

«أنه قال:

کل طلاق لا یکون علی السنه أو علی العده فلیس بشیء». ثم فسر علیه السلام طلاق السنه و طلاق العده بما تقدم ذکره فی سابق هذه المسأله،و التقریب فیها أنه من الظاهر أن الطلاق بعد المراجعه بدون المواقعه غیر داخل فی شیء من ذینک الفردین فیثبت بموجب الخبر أنه لیس بشیء.

و أجاب السید السند فی شرح النافع بأن قوله«لیس بشیء»یعتد به فی الأدله کما فی هذین النوعین،و فیه من البعد ما لا یخفی.

و یدل علی هذا القول أیضا بأوضح دلاله و أفصح مقاله و إن لم ینبه علیه أحد من علمائنا الأعلام

صحیحه أبی بصیر (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن طلاق السنه،قال:طلاق السنه إذا أراد الرجل أن یطلق امرأته یدعها إن کان دخل بها حتی تحیض ثم تطهر،فإذا طهرت طلقها واحده بشهاده شاهدین،ثم ترکها حتی تعتد ثلاثه قروء،فإذا مضت ثلاثه قروء فقد بانت منه بواحده و کان زوجها خاطبا من الخطاب-إلی أن قال:-و أما طلاق الرجعه،فإن یدعها حتی تحیض و تطهر،ثم یطلقها بشهاده شاهدین،ثم یراجعها و یواقعها،ثم ینتظر بها الطهر،فإذا حاضت و طهرت أشهد شاهدین علی تطلیقه أخری،ثم یراجعها و یواقعها،ثم ینتظر بها الطهر فإذا حاضت و طهرت أشهد شاهدین علی التطلیقه الثالثه،فإن طلقها واحده علی طهر بشهود ثم انتظر بها حتی تحیض و تطهر ثم طلقها قبل أن یراجعها لم یکن طلاقه الثانیه طلاقا لأنه طلق

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۶۵ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۲۶ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴۴ ب ۱ صدر ح ۱،و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۶۶ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۲۷ ح ۴۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴۵ ب ۱ ح ۳ و ص ۳۴۹ ب ۲ ح ۲ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

طالقـا،لأـنه إذا كـانت المرأه مطلقه من زوجهـا كـانت خـارجه عن ملكه حتى يراجعهـا،فـإذا راجعها صارت فى ملكه ما لم تطلق التطليقه الثـالثه،فإذا طلقها التطليقه الثالثه فقـد خرج ملك الرجعه من يـده،فإن طلقها على طهر ثم راجعها فانتظر بها الطهر من غير مواقعه فحاضت و طهرت،ثم طلقها قبل أن يدنسـها بمواقعه بعد الرجعه لم يكن طلاقه لها طلاقا لأنه طلقها التطليقه الثانيه فى طهر الاولى،و لا ينقض الطهر إلا مواقعه بعـد الرجعه،و كذلك لا تكون التطليقه الثالثه إلا بمراجعه و مواقعه بعد المراجعه،ثم حيض و طهر بعد الحيض،ثم طلاق بشهود حتى يكون لكل تطليقه طهر من تدنيس المواقعه بشهود».

أقول:و يقرب بالبـال العليـل و الفكر الكليل أن هـذا الخبر هو معتمـد ابن أبى عقيل فيما ذهب إليه،و إن دلت تلك الأخبار الأخر أيضـا عليه،حيث إن كلامـه فى التحقيـق راجع إلى نقـل هـذا الخبر بـالمعنى فى بعض،و بألفـاظه فى آخر و حاصـل معنى الخـبر المذكور أنه لو طلق ثم راجع من غير مواقعه ثم طلقها فى طهر آخر لم يكن ذلك طلاقا،لأنه وقع فى طهر الطلقه الاولى،و قوله«و لا ينقض الطهر.إلـخ»فى مقام التعليل لـذلك،بمعنى أن الطهر الآخر الذى تصـير به الطلقه الواقعه فيه ثانيه و تكون صـحيحه هو ما وقع بعد الرجعه المشتمله على المواقعه،ثم الحيض بعدها و الطهر منه.

ثم ذكر عليه السـلام أنه لا تكون التطليقه الثالثه و لا تصـح إلا بمراجعه قبلها و مواقعه.إلخ،و الطهر المعتبر فى كلامه عليه السـلام هو الطهر من تـدنيس المواقعه الـذى هو الجمـاع،فكـأنه أراد به الطهر من الجنـابه،فـإنه مـا لم يواقعهـا مره أخرى فهى على ذلك الطهر،و لاـ يزول ذلـك الطهر إلاـ بمواقعه أخرى،و هو خلاف ما هو المعروف بين الأصـحاب فى هـذا الباب من كون الطهر عن النقاء من الحيض على الوجوه المقرره ثمه.

و لهذا اعترض شيخنا الشهيد الثانى فيما قدمنا من كلامه على عباره ابن

أبی عقیل التی هی کما عرفت إنما أخذت من هذا الخبر،و لم یدر کلام ابن أبی عقیل إنما هو مأخوذ من هو الخبر،فإن الإشکال الـذی فی عبـارته إنما نشأ من هنا،و إن الاعتراض علی کلام ابن أبی عقیل اعتراض علی هـذا الخبر،فإن الطهر بالمعنی المـذکور فی کلام ابن أبی عقیل کما هو فی هـذا الخبر لیس هو المعروف بینهم. (۱)و علی هذا یتم ما ذکره ابن أبی عقیل فی عبارته من قوله«و إذا جاز أن یطلق التطلیقه الثانیه.إلخ».

و یندفع عنه ما أورده علیه شیخنا الشهید الثانی أیضا هنا،لأنه إذ فسر الطهر فی عبارته بالمعنی المذکور فی الخبر فالاعتراض علیه اعتراض علی الخبر المـذکور،و لا أراک ترتاب بعـد التأمل فی مضـمون الخبر فی صـحه ما ذکرناه من کون عباره ابن أبی عقیل مأخوذه من هـذا الخبر و ملخصه منه،و لا تشک بعد معلومیه ما شـرحناه من معنی الخبر و کلام ابن أبی عقیل فی صـحه ما قدمنا ذکره من أن ابن أبی عقیـل لم یـذهب الی اشتراط المواقعه فی صـحه الرجعه کما توهموه حسـبما ینادی به هـذا الخبر الـذی منه أخـذت عبـارته،فـإنه علیه السـلام صـرح بـأنه لو طلق قبل المراجعه لم یکن طلاقه الثانی طلاقا،لأنه طلق طالقا،و علله بأن المطلقه تخرج عن ملک الزوج و لا تـدخل فی ملکه إلا بالرجعه،ثم صـرح علیه السـلام بأنه إذا طلقها ثم راجعها من غیر مواقعه ثم طلقها لم یکن طلاقه ذلک طلاقا، و علله من حیث وقوع الطلاق فی طهر الطلقه الاولی،مع أن شرط صحه تعدد الطلاق تعدد الأطهار،و حینئـذ فلو کانت الرجعه التی حصـلت منه بعـد الطلاق من غیر جماع غیر صـحیحه کما یدعونه-من أن المرأه باقیه علی مقتضـی الطلاق الأول-

---

۱- ۱) و هو ما کان مشـتملا علی المواقعه بعد الرجعه،و حینئذ فلو طلق بعد مراجعات عدیده من غیر مواقعه فی شـیء منها و طلق بعد کل مراجعه و ان کان الطلاق بعد النقاء من الحیض فإنها کلها تکون فی طهر واحد،فلو اعتبر هذه الطلقات و صحت لم یکن لاعتبار الشارع الطهر و وضعه مزید فائده.(منه-قدس سره-).

لعلله علیه السلام بما علل به سابقه من کونه طلق طالقا،فإنه أوضح فی التعلیل و أظهر کما لا یخفی.

و بالجمله فالظاهر أن ما ادعوه من ذلک مجرد توهم نشأ من حکم ابن أبی عقیل ببطلان الطلاق الأخیر،و لا وجه له ظاهرا عندهم إلا ذلک،حیث إن هذا الوجه الذی علل به الابطال کما فی الروایه غریب علی قواعدهم،و لم یقفوا علی هذه الروایه بالکلیه،و لم یتعرضوا لها فی الکتب الاستدلالیه.

و أما قوله علیه السلام فی روایه أبی بصیر السابقه«المراجعه هی الجماع»فالظاهر أن المعنی فیها أن المراجعه الموجبه لصحه الطلاق بعدها هی ما اشتملت علی الجماع کما یدل علیه قوله«و إلا فهی واحده»کما لا یخفی.

إذا عرفت ذلک فاعلم أن الجمع بین هذه الأخبار لا یخلو عن أحد وجوه:

الأول:ما ذکره شیخنا فی کتابی الأخبار من حمل الأخبار الوارده بالنهی عن تکرار الطلاق بعد الرجعه بدون وطء،فإن ذلک الطلاق لا یقع علی کون ذلک الطلاق للعده،لأنه کما تقدم فی سابق هذه المسأله مشروط بالرجعه و الوطء بعدها عندهم،و حمل أخبار الجواز علی طلاق السنه بالمعنی الأعم،و نسبه المحقق فی الشرائع بعد نقل ذلک عنه إلی التحکم،و هو القول بغیر دلیل.

قال فی المسالک:و وجهه أن کلا من الأخبار و رد فی الرجل یطلق علی الوجه المذکور،و یجیب الامام علیه السلام بالجواز أو النهی من غیر استفصال،فیفید العموم من الطرفین،و لأن شرط العدی الوطء بعده و بعد الرجعه منه فی العده،و ها هنا شرط فی جواز الطلاق ثانیا سبق الوطء،و سبقه لیس بشرط فی طلاق العده،و إنما الشرط تأخره،فیلزم الشیخ أخذ غیر الشرط مکانه.ثم قال-رحمه الله علیه:-و للشیخ أن یجیب بأن الباعث علی الجمع التعارض،فلا یضره عمومها من الطرفین علی تقدیر تسلیمه،لأن تخصیص العام لأجل الجمع جائز،خیر من إطراح أحد الجانبین،و الوطء الذی جعل معتبرا فی الطلاق ثانیا یجعل الطلاق السابق عدیا

و لیس الحکم مختصا بالطلاق الثانی بل بهما معا،بمعنی أن من أراد طلاق المرأه للعده أزید من مره فلیس له ذلک،و لا یتحقق إلاّ بالمراجعه و الوطء لیصیر الثانی عدیا أیضا،و لیصیر الثالث بحکمها لتحرم فی الثالثه علیه قطعا بخلاف ما لو طلقها علی غیر هذا الوجه،فإن فیه أخبارا تؤذن بعدم التحریم لعدم نقضها،انتهی.

هذا،و عندی فیما ذهب إلیه الشیخ-رحمه الله-من الجمع المذکور نظر من وجوه:(أحدها)ما ذکره فی المسالک فی بیان أحد وجهی التحکم الذی نسبه المحقق إلی الشیخ من أن الحمل علی الطلاق العدی یوجب اشتراطه بسبق الوطء مع أن الشرط فیه إنما هو تأخر الوطء.

و ما أجاب به شیخنا الشهید الثانی عنه-من أن الوطء الذی جعل معتبرا فی الطلاق ثانیا یجعل الطلاق السابق عدیا.إلی آخره-ینافی ما صرح به الشیخ من أن مراده بالطلاق العدی هو الثانی لا الأول.فإنه قال فی کتاب الاستبصار (1)-بعد أن نقل فی حیز«أما»صحیحه عبد الحمید الطائی المتقدمه و صحیحه محمد بن مسلم الدالتین علی أن الرجعه بغیر جماع رجعه-ما صورته:فالوجه فی هذین الخبرین أنه یکون رجعه بغیر جماع،بمعنی أنه یعود إلی ما کان علیه من أنه یملک مواقعتها،و لو لا الرجعه لم یجز ذلک،و لیس فی الخبر أنه یجوز له أن یطلقها تطلیقه أخری للعده و إن لم یواقع،و نحن إنما اعتبرنا المواقعه فیمن أراد ذلک،فأما من لا یرید ذلک فلیس الوطء شرطا له.انتهی،و هو صریح فی أن مراده بالطلاق العدی هو الثانی المسبوق بالمواقعه کما لا یخفی.

و قال أیضا-بعد إیراد صحیحه البزنطی و حسنه أبی علی بن راشد المتقدمتین الدالتین علی وقوع الطلقه الثانیه و جوازها بعد المراجعه من غیر جماع-ما لفظه:

لأنه لیس فی هذه الأخبار أن له أن یطلقها طلاق العده،و نحن إنما نمنع أن یجوز له أن یطلقها طلاق العده،فأما طلاق السنه فلا بأس أن یطلقها بعد ذلک

1- 1) الاستبصار ج 3 ص 281 بعد الحدیث 3 و 4.

إلخ.فإنه كما ترى قد حمل قوله فی صحیحه البزنطی«أ یقع علیها التطلیقه الثانیه»و قوله فی حسنه أبی علی«أ یجوز له ذلک»علی کون ذلک الطلاق الثانی سنیا یعنی بالمعنی الأعم لا عدیا،و هو مشعر بأنه لو حصلت المواقعه بعد تلک الرجعه لکان الطلاق الواقع بعد عدیا لأن حکمه بکونه سنیا لا عدیا إنما هو من حیث عدم تقدم المواقعه و حصول الرجعه خالیه عن المواقعه.

و بالجمله فحیث کان محل الاختلاف فی الأخبار إنما هو بالنسبه إلی وقوع التطلیقه الثانیه الواقعه بعد الرجعه بغیر مواقعه و صحتها،بل عدم الوقوع و الصحه، فبعض الأخبار دل علی صحه ذلک الطلاق و بعضها دل علی العدم،جمع الشیخ بینها بحمل أخبار عدم الصحه علی ما إذا قصد بذلک الطلاق العدی فإنه لا یجوز له بذلک و لا یصح منه،و لا یقع للعده لعدم المواقعه قبله،و إنما یقع للسنه خاصه.هذا حاصل مراد الشیخ-رحمه الله علیه-و صریح عبائره کما لا یخفی و حینئذ فیتوجه علیه ما تقدم إیراده،و لا یندفع بما اعتذر عنه به فی المسالک، فتأمل و أنصف.

(و ثانیها)أن الشیخ قد استند فی وجه الجمع الذی ذکره إلی

روایه المعلی ابن خنیس (1)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«الذی یطلق ثم یراجع ثم یطلق فلا یکون بین الطلاق و الطلاق جماع،فتلک تحل له قبل أن تزوج زوجا غیره،و التی لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره هی التی تجامع بین الطلاق و الطلاق».

و أورد علیه بأنه لا دلاله فی هذه الروایه إلا علی أن الجماع بین الطلاقین شرط فی التحریم الموجب المحوج إلی المحلل،و أما التفصیل بالسنی و العدی و اشتراط الجماع بعد الرجوع فی العده خاصه فلا دلاله فی الخبر علیه،علی أن فی هذا الخبر من الإشکال أیضا ما یمنع من العمل به و الاعتماد علیه لدلالته علی أن غیر الطلاق العدی لا تبین منه فی الثالثه.و هو خلاف ما علیه الأصحاب

١- ١) التهذیب ج ٨ ص ۴۶ ح ۶۱،الوسائل ج ١۵ ص ٣٧٩ ب ١٩ ح ٣ و فیهما اختلاف یسیر.

و منهم الشيخ أيضا،فهی مخالفه لقواعدهم.نعم ربما أمكن انطباقها على مذهب ابن أبی عقیل.

(و ثالثها)أن مقتضی ما ذكره الشیخ من الحمل هو أنه متی راجع ثم طلق من غیر مواقعه فإنه یكون الطلاق صحیحا و إن لم یقع للعده بزعمه و إنما یقع للسنه،مع أن المفهوم من الأخبار المانعه هو الإبطال رأسا و عدم وقوع الطلاق مطلقا كصحیحه عبد الرحمن بن الحجاج (۱)الداله على النهی عنه، و روایه المعلى بن خنیس (۲)المصرحه بأنه لا یقع الطلاق الثانی حتی یراجع و یجامع،و نحوها موثقه إسحاق بن عمار (۳)و حمل هذه الأخبار على الطلاق العدی كما زعمه،بمعنى أنه لا یقع عدیا،و إن وقع سنیا قد عرفت فساده من الوجه الأول،فیبقى التعارض بین أخبار الطرفین على حاله كما لا یخفى.

الثانی:ما اختاره جمله من أصحابنا منهم شیخنا الشهید الثانی فی المسالك و سبطه السید السند فی شرح النافع من حمل النهی على الكراهه،و أخبار الجواز على أصل الإباحه.

قال فی المسالك:و وجه أولویه الجماع البعد عن مذهب المخالفین المجوزین لتعدد الطلاق كیف اتفق،لیصیر الأمران على طرف النقیض،حیث إن ذلك معدود عند أصحابنا من طلاق البدعه كما سلف،ثم لو لم یظهر الوجه فی الجمع لكان متعینا حذرا من إطراح أحدهما رأسا،أو الجمع بما لا یقتضیه أصول المذهب كما جمع به الشیخ،و الحمل على الجواز و الاستحباب سالم من ذلك و موجب لإعمال الجمیع.

و فیه أن ذلك و إن أمكن فی بعض الأخبار،إلا أنه لا یجری فی جمیعها،

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۴۴ ح ۵۳.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۴۶ ح ۶۲.
۳- ۳) الكافی ج ۶ ص ۶۰ ح ۱۲.

مثل روایه المعلی الداله علی أنه لا یقع،فإنه صریح فی الإبطال رأسا، و مثل صحیحه زراره (۱)و صحیحه أبی بصیر (۲)فإنها صریحتان فی الابطال، و لکن العذر لمثل شیخنا المشار إلیه فی ذلک واضح،حیث إنهم لم یتعرضوا لنقل الروایات المذکوره و لم یقفوا علیها.

الثالث:ما ذهب إلیه المحدث الکاشانی فی کتاب الوافی و المفاتیح من أنه إن کان غرضه من الرجعه أن یطلقها تطلیقه أخری حتی تبین منه فلا یتم مراجعتها و لا یصح طلاقها بعد المراجعه و لا یحسب من الثلاث حتی یمسها،و إن کان غرضه من الرجعه أن تکون فی حبالته و له فیها حاجه،ثم بدا له أن یطلقها، فلا حاجه إلی المس و یصح طلاقها و یحسب من الثلاث،قال:و إنما جاز هذا التأویل لأنه کان أکثر ما یکون غرض الناس من المراجعه الطلاق و البینونه کما یستفاد من الأخبار،و یشار إلیه بقوله علیه السلام و إلا فإنها واحده،حتی أنه ربما صدر ذلک عن الأئمه علیهم السلام کما مضی

فی حدیث أبی جعفر علیه السلام أنه قال

«إنما فعلت ذلک بها لأنه لم یکن لی بها حاجه». ،انتهی کلامه زید مقامه.

و أشار بحدیث أبی جعفر علیه السلام إلی

روایه أبی بصیر (۳)قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن الطلاق الذی لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره،فقال:أخبرک بما صنعت أنا بامرأه کانت عندی فأردت أن أطلقها فترکتها حتی إذا طمثت و طهرت طلقتها من غیر جماع و أشهدت علی ذلک شاهدین،ثم ترکتها حتی إذا کادت أن تنقضی عدتها راجعتها و دخلت بها و ترکتها حتی إذا طمثت و طهرت ثم طلقتها علی طهر من غیر جماع بشاهدین،ثم ترکتها حتی إذا کان قبل أن تنقضی عدتها

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۶۵ ح ۲.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۴۴ ح ۵۴.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۴۱ ح ۴۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۵۸ ب ۴ ح ۳ و فیهما اختلاف یسیر.

راجعتها و دخلت بها،حتی إذا طمثت و طهرت ثم طلقتها علی طهر بغیر جماع بشهود،و إنما فعلت ذلک بها لأنه لم یکن لی بها حاجه».

و ما ذکره-رحمه الله علیه-من الجمع لا یخلو عندی من قرب،و یؤیده ما ورد فی تفسیر قوله سبحانه «وَ لاٰ تُمْسِکُوهُنَّ ضِرٰاراً لِتَعْتَدُوا» (۱)من

روایه الحلبی (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن قول الله عز و جل «وَ لاٰ تُمْسِکُوهُنَّ ضِرٰاراً لِتَعْتَدُوا» قال:الرجل یطلق حتی إذا کادت أن یخلو أجلها راجعها ثم طلقها یفعل ذلک ثلاث مرات،فنهی الله عز و جل عن ذلک».

و روایه الحسن بن زیاد (۳)عنه علیه السلام قال:

«لا ینبغی للرجل أن یطلق امرأته ثم یراجعها و لیس له فیها حاجه ثم یطلقها،فهذا الضرار الذی نهی الله تعالی عز و جل عنه إلا أن یطلق ثم یراجع و هو ینوی الإمساک».

فإن هاتین الروایتین صریحتان فی أنه متی کان قصد من المراجعه مجرد البینونه فلا یجوز له ذلک،و لا یصح طلاقه الثانی لما فیه من الإضرار بها فی مده العدد الثلاث بعدم الجماع و نحوه،و قد تکون العده تسعه أشهر مع أن غایه ما رخص به الشارع فی ترک الجماع إذا کانت زوجه أربعه أشهر،فالزیاده علی ذلک إضرار محض،فنهی الله سبحانه عنه،و الظاهر أنه من أجل هذا النهی الموجب للتحریم و بطلان الطلاق کان الامام علیه السلام یجامع بعد کل رجعه مع أن قصده البینونه.

و بالجمله فهذا الوجه عندی لما عرفت فی غایه القوه،و علیه یجتمع أکثر أخبار المسأله،و لعل فی قوله فی موثقه إسحاق بن عمار الاولی«ثم بدا له فراجعها»إشاره إلی ذلک بمعنی بدا له و ظهر إراده المعاشره فراجع،و علی هذا الوجه یمکن تطبیق الروایات الثلاث الأول التی ذکرناها فی أدله ابن أبی عقیل،

۱- ۱) سوره البقره-آیه ۲۳۱.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۳۲۳ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۲ ب ۳۴ ح ۲.

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۳۲۳ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۲ ب ۳۴ ح ۱.

فإنها و إن كانت مطلقه بالنسبه إلى ما ذكر من التفصيل،إلا أنها بالتأمل فى مضامينها و التعمق فى معانيها يظهر أنها إنما خرجت من ذلك القبيل.

أما

صحيحه عبد الرحمن (۱)فإنه إنما سئل عن الرجل إذا طلق فهل له أن يراجع أم لا؟فأجاب عليه السلام

«لا ـ يطلق التطليقه الأخرى حتى يمسها». و أنت خبير بأن هذا الجواب بحسب الظاهر غير منطبق على السؤال،و الظاهر أنه عليه السلام فهم من السائل بقرينه حاليه،و إن لم ينقل فى الخبر أن مراده السؤال عن الرجعه بمجرد إيقاع الطلاق بعدها،فأجاب عليه السلام بالنهى عن هذا الطلاق على هذا النحو، إلا أن يمسها كما فعل الباقر عليه السلام فيما تقدم من حديث أبى بصير،و معناها يرجع إلى معنى روايه أبى بصير كما أوضحناه سابقا.

و أما روايه المعلى (۲)فالظاهر أن غرض السائل أنه هل يصح الطلاق من غير رجعه،بمعنى أنه يترتب عليه ما يترتب على المواقع بعد الرجعه من البينونه و نحوها؟و غرضه من ذلک استعلام ما لو قصد البينونه بالطلاق على هذا النحو، فإنه لا ثمره للطلقه الثانيه لو صحت إلا قصد ذلك و حصوله،فأجاب عليه السلام بأنه لا يقع الطلاق الثانى على هذا الوجه إلا مع الجماع بعد المراجعه.

و أما موثقه إسحاق بن عمار (۳)فهى صريحه فى ذلک،فإن إيقاع ذلك فى يوم أو فى طهر دليل على كون الباعث على تلك الرجعه هو مجرد قصد البينونه، فلذا نسبه إلى مخالفه السنه.

بقى هنا شىء و هو أن هذا الوجه و إن اجتمعت عليه أدله القول المشهور و كذا هذه الروايات الثلاث بالتقريب الذى عرفته،لكن يبقى الإشكال فى كلامه -رحمه الله عليه-من وجهين:

١- ١) التهذيب ج ٨ ص ۴۴ ح ۵۳.

٢- ٢) التهذيب ج ٨ ص ۴۶ ح ۶۲.

٣- ٣) الكافى ج ۶ ص ۶۰ ح ١٢.

(الأول)قوله«فلا يتم مراجعتها»فإن فيه دلاله على أن المراجعه بـدون النكاح بعدها إذا كان قصده مجرد البينونه لا يقع،و هو موافق لما صـرح به غيره من الأصـحاب كما قدمنا ذكره،حيث أوردوا فى الاسـتدلال صحيحه عبد الحميد الطائى (۱)و روايه أبى بصير (۲)و قـد أوضـحنا لك أنه لا دليل على عـدم وقوع الرجعه،و إنما غايه ما يستفاد من الأخبار عـدم صـحه الطلاق خاصه،و حينئذ فتبقى بعد الرجعه على حكم الزوجيه إذا طلقها ضرارا بغير جماع فيجب لها ما يجب للزوجه.

(الثـانى)مـن جهه صـحيحه أبى بصـير الـتى هى كمـا عرفت معتمـد ابن أبى عقيـل و صـريح عبـارته،فإنهـا لاـ تنـدرج تحت هـذا التأويـل،حيث إنه عليه السـلام قـد علـل فسـاد الطلاـق الواقع على ذلـك الـوجه فيهـا بوجه آخر من كونه لم يقع فى طهر الطلقه الاولى،و على هذا فيبقى الإشـكال بحاله فى المسأله،لأن الظاهر أنه معتمد ابن أبى عقيل فى الاستدلال على ما ذهب إليه إنما هو هذه الروايه كما أوضـحناه آنفا،و هى غير منطبقه على شـىء من هذه الوجوه الثلاثه التى نقلناها فى الجمع بين أخبار المسأله و ما عداها من الأخبار و إن دل بحسب الظاهر على مذهب ابن أبى عقيل،إلا أنه لم يستند إليه فى الاستدلال و لم يصرح به،و مع هذا فإنه يمكن تطبيقه كما ذكرناه،و أما هذه الصـحيحه فهى صـريحه فى مدعاه غير قابله لذلك،مع كونها مشـتمله على ما عرفت من إطلاـق الطهر على خلاـف مـا هو المعهود من معنـاه فى الأخبـار و كلاـم الأصـحاب،و لم أقف على مـا تعرض للكلاـم فيهـا من المحـدثين الـذين نقلوها فى كتب الأخبار،و لم ينقلها أحـد فى كتب الفروع الاسـتدلاليه،بل لم يسـتوفوا الأخبار فيها بالكليه،و لا يحضرنى الآن وجه تحمل عليه سوى الرد و التسليم لقائلها،و إرجاع الحكم فيها لعالم من آل محمد صلى الله عليه و آله و سلم.

ص :۳۰۸

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۴۴ ح ۵۶.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۴۴ ح ۵۴.

المسأله الثالثه:فی حکمین مما یتعلق بطلاق الغائب:

(إحداهما)لو طلق غائبا ثم حضر و دخل بها و لم یعلمها ثم بعد ذلک ادعی الطلاق

،فإنه لا تقبل دعواه،و لو أقام البینه بالطلاق لم تقبل بینته،و لو أولـدها و الحال هـذه الحق به الولد للحکم فی ظاهر الشـرع بثبوت الزوجیه.

و یدل علی ذلک ما رواه

ثقه الإسلام (1)عن سلیمان بن خالد قال:

«سـألت أبـا عبـد الله علیه السـلام عن رجل طلق امرأته و هو غائب و أشـهد علی طلاقها،ثم قـدم فأقام مع المرأه أشـهرا لم یعلمها بطلاقها،ثم إن المرأه ادعت الحبل،فقال الرجل:قد طلقتک و أشهدت علی طلاقک،قال:یلزم الولد و لا یقبل قوله».

و أیده بعضهم بأن تصرف المسلم مبنی علی الصحه،فإذا ادعی بعد ذلک ما یخالفه لا یزول ما قد ثبت سابقا.

و أورد علیه بأن تصـرفه إنما یحمل علی المشـروع حیث لا یعترف بما ینافیه،و لهـذا لو وجـدناه یجامع امرأه و اشـتبه حالها فإنا لا نحکم علیه بالزنا، لکن إذا أقر أنه زان حکم علیه به،و علل أیضا بأن الوجه فی عدم قبول بینته أنه قد کذبها بفعله.

و أورد علیه أنه إنما یتم إذا کان هو الذی أقامها،فلو قامت الشهاده حسبه، و ورخت بما ینافی فعله،قبلت و حکم بالبینونه.

نعم یبقی الکلاـم فی إلحـاق الولـد بهمـا أو بأحـدهما،و هو مبنی علی مـا تقـدم فی الکلاـم فی الأولاـد من اعتبار العلم بالحال و عـدمه،و الظـاهر هو العمـل بـالخبر المـذکور،و المفهوم منه أنه لاـ یقبل قوله و إن أقام البینه.و یمکن الفرق بین ما نحن فیه و بین الاـعتراف بالزنـا،بـأن الاعتراف بالطلاق مسـتلزم لـدفع أحکام الزوجیه الواجبه علیه بظاهر الشـرع،فهو فی معنی الاعتراف فی حق غیره، فلا یقبل بخلاف الزنا،فإنه حق لله سبحانه محضا أو مشترکه فی بعض الوجوه.

1- 1) الکافی ج 6 ص 80 ح 5،الوسائل ج 15 ص 374 ب 15 ح 4.

هذا كله إذا كان الطلاق بائنا أو رجعيا و انقضت المده قبل فعله المكذب لدعواه، و إلا قبل،و كان الوطء رجعه بلا إشكال.

(و ثانيهما)ما لو كان غائبا و له أربع نسوه ثم طلق إحداهن

،فإنه قد صرح الأصحاب بأنه لا يجوز أن يتزوج عوضها فی حال غيبته إلا بعد مضی تسعه أشهر.

و الأصل فی هذا الحكم ما رواه

ثقه الإسلام (1)عن حماد بن عثمان فی الحسن أو الصحيح قال:

«قلت لأبی عبد الله عليه السلام:ما تقول فی رجل له أربع نسوه طلق واحده منهن و هو غائب عنهن متی يجوز له أن يتزوج؟قال:بعد تسعه أشهر، و فيها أجلان (2):فساد الحيض و فساد الحمل».

و جمله من الأصحاب كالمحقق و العلامه و غيرهما قد ألحقوا بذلك الحكم تزويج الأخت،فصرحوا بأنه إذا طلق الغائب و أراد العقد علی أختها فی حال غيبته فإنه لا يجوز له إلا بعد تسعه أشهر.

و الشيخ فی النهايه خص الحكم بتزويج الخامسه تبعا للنص،و اقتفاه ابن إدريس فی ذلك فقال:فأما إن كانت واحده فطلقها طلاقا شرعيا و أراد أن يعقد علی أختها فی حال سفره،فإذا انقضت عدتها علی ما يعلمه من عادتها فله العقد علی أختها و لا يلزمه أن يصبر تسعه أشهر،لأن القياس عندنا باطل،و كذا التعليل، فليلحظ الفرق بين المسألتين.

۱- ۱) الكافی ج ۶ ص ۸۰ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۹ ب ۴۷ ح ۱.

۲- ۲) قوله«و فيها أجلان.إلخ»لا يخلو من غموض،و يمكن أن يقال:إن مراده عليه السلام أن الاعتداد بالتسعه جامع للعدتين،لأنه ان كان انقطاع الدم لفساد فی الحيض فالحكم هو الثلاثه الأشهر،و هی حاصله فی ضمن التسعه،و ان كان انقطاع الدم لأجل الحمل فهو يعلم بمضی التسعه التی هی أقصی مده الحمل علی المشهور،و بمضی التسعه خاليه من الحمل يعلم فساد الحمل،فلذا جعل التسعه متضمنه للاجلين،و عبر عنهما بفساد الحيض الموجب للثلاثه الأشهر،و فساد الحمل بمضی المده التی يعلم فيها ذلك و هی التسعه،و الله العالم.(منه-قدس سره-).

و اعترضه العلامه فی المختلف فقال بعد ذلک عنه:و هو خطأ،إذ لا فرق بین الأمرین،و کما تحرم الخامسه کذا تحرم الأخت فی العده،و کما أوجبنا الصبر تسعه أشهر فی الخامسه استظهارا کذا یجب فی الأخت،و قوله«فإذا انقضت عدتها علی ما یعلمه من عادتها فله العقد علی أختها»یوهم أنه مع علمه بخروج العده لا یجوز فی الخامسه،و لیس بجید،بل الصبر إنما یجب فی الخامسه مع الاشتباه،انتهی.

و أورد علیه السید السند فی شرح النافع بأن ما ذکره أولا-فی توجیه إلحاق الأخت بالخامسه-لا یخرج عن القیاس،و ما ذکره ثانیا-من إیهام کلام ابن إدریس عدم جواز تزویج الخامسه مع العلم بخروج المطلقه من العده-غیر واضح،فإن المراد بالعلم هنا الظن المستفاد من معرفه العاده کما سبق فی طلاق الغائب،و هذا القدر یکفی فی جواز تزویج الخامسه،نعم لو حصل العلم القطعی بخروج المطلقه من العده جاز له العقد علی أختها و علی الخامسه من غیر إشکال،إلا أن ذلک خلاف ما أراده ابن إدریس.

أقول:لا یخفی أن المفهوم من الأخبار و کلام الأصحاب أن الاعتداد بتسعه أشهر إنما هو فیما لو کانت المرأه مسترابه الحمل،و إلا فالعده إنما هی ثلاثه أشهر خاصه مع عدم إمکان الاعتداد بالأقراء.

و مما یدل علی الأمرین المذکورین

موثقه محمد بن حکیم (1)عن أبی الحسن علیه السلام قال:

«قلت له:المرأه الشابه التی تحیض مثلها یطلقها زوجها و یرتفع حیضها کم عدتها؟قال:ثلاثه أشهر،قلت:فإن ادعت الحبل بعد ثلاثه أشهر؟قال:

عدتها تسعه أشهر،قلت:فإن ادعت الحبل بعد تسعه أشهر؟قال:إنما الحبل

1- 1) الکافی ج ۶ ص ۱۰۱ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۲ ب ۲۵ ح ۲.

تسعه أشهر»الحديث،. و بمضمونها أخبار (۱)عديده(۲).

و مما يدل على الثانى الأخبار المستفيضه،و منها فى خصوص الغائب

صحيحه محمد بن مسلم (۲)عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قال:إذا طلق الرجل امرأته و هو غائب فليشهد على ذلك،فإذا مضى ثلاثه أشهر فقد انقضت عدتها».

و مقتضى هذه الروايه أنه بعد انقضاء الثلاثه يجوز تزويج الأخت و تزويج الخامسه،و أنت خبير بأن ما دلت عليه الروايه المتقدمه من وجوب التربص تسعه أشهر مناف لما دلت عليه هذه الروايه،من أن العده إنما هى ثلاثه أشهر لأن موردهما من طلق امرأته و هو غائب،و كم عدتها،و إن كان السؤال فى الأولى عن طلاق إحدى الأربع و فى هذه الروايه مطلق،و قد ورد الجواب بالتسعه فى الاولى،و الثلاثه فى الثانيه،و لا يعلم هنا وجه خصوصيه لإحدى الأربع فيستثنى من هذه القاعده المستفاده من النصوص كما أشرنا إليه،و لا وجه للجمع إلا حمل الروايه الأولى على المسترابه،و بذلك يظهر لك قوه ما ذكره العلامه فى اعتراضه على ابن إدريس و ضعف ما أورده عليه السيد السند،فإنه إذا كان مقتضى القاعده المتفق عليها نصا و فتوى أن العده (۳)فيمن انقطع عنها الحيض إنما هو الاعتداد

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۰۱ باب المسترابه بالحبل،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۰ ب ۴ و ص ۴۴۱ ب ۲۵.

۲- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۶۱ ح ۱۱۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۸ ب ۲۸ ح ۱۱ و فيهما اختلاف يسير.

۳- ۴) و اليه يشير كلام العلامه-قدس سره-بقوله استظهارا،و قوله عليه السلام ثانيا مع الاشتباه،فان جميع ذلك من لوازم الاسترابه بالحمل،و مع عدم ذلك فالعده انما هى ثلاثه أشهر كما هو مقتضى الروايات المستفيضه.(منه-قدس سره-).

بثلاثه أشـهر،و الاعتداد بالتسـعه إنما هو مع الاسترابه بالحمل من غير فرق فى ذلك بين طلاق الغائب و الحاضـر كما هو مقتضى إطلاق النصوص المشار إليها،فلا وجه لما اشـتملت عليه روايه حماد (۱)من التسـعه إلا الحمل على المسترابه،و إلا فاستثناؤها من هـذه القاعـده الكليه و الضـابطه الجليه مع عـدم خصوصـيه تـدل على ذلـك مشـكل،و حينئـذ فلا فرق بين الخامسه و الأخت فى الحكم المذكور.

و قـال السـيد السـند المـذكور فى الكتاب المشار إليه:و لو علم انتفاء الحمل صبر مقـدار ما يمضـى فيه ثلاثه قروء على حسب ما يعلمه من عادتها،أو ثلاثه أشـهر،و يدل على ذلك صـحيحه محمد بن مسلم (۲)-ثم أورد الروايه المـذكوره ثم قال:-حكم عليه السـلام بانقضـاء عـدتها بـذلك بنـاء على الغـائب من أن كـل شـهر تحصـل فيه حيضه للمرأه و متى انقضت العـده جـاز التزويج بالأخت،و الخامسه، خرج من ذلك ما إذا كان الحمل ممكنا،فإنه يجب التربص بالروايه المتقـدمه، فيبقى ما عـداها منـدرجا فى هذا الإطلاق،انتهى.

أقول:لاـ يخفى أنمـا ذكره إنمـا يتم لو دلت الروايتـان على مـا ادعـاه فى صـحيحه محمـد بن مسـلم من العلم بانتفاء الحمل،و فى صحيحه حماد بن عثمان أو حسنته من كون الحمل ممكنا مع أن الروايتين لا دلاله لهما على شيء من الأمرين المذكورين،و إنما هما بالنسبه إلى ما ذكره مطلقتان،إذ غايه ما دلتا على أن كلا من الرجلين المذكورين طلق امرأته و هو غائب،غايه الأمر أن روايه حماد دلت على كون المطلقه رابعه،و أما أن المرأه مما علم انتفاء الحمل عنها،أو أن الحمل ممكن فتكون مسترابه فلا دلاله عليه بالكليه كما هو ظاهر،فلم يبق إلا أن يحمل إطلاق كل منهما على ما ذكره متى كان ذلك،فلا خصوصـيه للرابعه بالاعتـداد تسـعه أشهر كما دلت عليه روايه حماد،بل ذلك يجرى فى كل

۱- ۱) الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۹ ب ۴۷ ح ۱.

۲- ۲) الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۰ ب ۴ ح ۱.

مسترابه إذ العله فی التسعه إنما هی الاسترابه لا خصوصیه الرابعه.و بذلک یظهر لک ما فی قوله،فیبقی ما عداها مندرجا فی هذا الإطلاق.

و أما صحیحه محمد بن مسلم فهی جاریه علی ما دلت علیه الأخبار المتکاثره (۱)-من أنه متی لم یمکن العده بالأقراء فإنها تعتد بالشهور الثلاثه-لا یحتاج إلی حمل و لا تأویل،و بذلک یتضح لک ما قدمنا ذکره من أنه بذلک یظهر لک قوه ما ذکره العلامه.

المسأله الرابعه [فی کراهه الطلاق للمریض]

اشاره

قد صرح الأصحاب بأنه یکره للمریض أن یطلق،و لو طلق کان طلاقه صحیحا،و أنه یرث زوجته إذا ماتت فی العده الرجعیه،و لا یرثها فی البائن و لا بعد العده،و ترثه هی سواء طلقها بائنا أو رجعیا ما بین الطلاق و بین السنه ما لم تتزوج أو یبرأ من المرض الذی طلقها فیه.

[فوائد]

اشاره

أقول:تحقیق الکلام فی هذا المقام یقع فی مقامات:

الأول [ظهور بعض الأخبار فی تحریم طلاق المریض]

ما ذکر من کراهه الطلاق للمریض زیاده علی ما ورد من کراهته الطلاق مطلقا مما تکاثرت به الأخبار،بل ربما دل بعضها بظاهره علی التحریم، و لهذا نقل القول بالتحریم عن ظاهر عباره الشیخ المفید فی المقنعه،و المشهور الکراهه.

و من الأخبار الوارده فی المقام ما رواه

فی الکافی (۲)عن عبید بن زراره فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا یجوز طلاق المریض،و یجوز نکاحه».

و ما رواه

فی الکافی (۳)و فیه عن زراره فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لیس للمریض أن یطلق و له أن ینکح».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۸۹ باب عده المطلقه و أین تعتد.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۲۲ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۷۷ ح ۱۷۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۴ ب ۲۱ ح ۳.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۲۲ ح ۸،التهذیب ج ۸ ص ۷۷ ح ۱۷۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۴ ب ۲۱ ح ۴.

و عن عبید بن زراره (۱)فی الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المریض، إله أن یطلق امرأته فی تلک الحال؟قال:لا،و لکن له أن یتزوج إن شاء،فإن دخل بها ورثته،و إن لم یدخل بها فنکاحه باطل».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۲)عن زراره فی الصحیح عن أحدهما علیهم السلام قال:

«لیس للمریض أن یطلق و له أن یتزوج،فإن هو تزوج و دخل بها فهو جائز،و إن لم یدخل بها حتی مات فی مرضه فنکاحه باطل و لا مهر لها و لا میراث».

و إنما حملت هذه الأخبار علی الکراهه مع ظهورها فی التحریم لما سیأتی إن شاء الله من الأخبار الداله علی صحه طلاقه لو طلق فی هذه الحال،و سیأتی أیضا إن شاء الله تعالی ما هو الوجه فی الکراهه.

الثانی [فی أنه یرث زوجته إذا ماتت فی العده الرجعیه] :

ما ذکر أنه یرث زوجته إذا ماتت فی العده الرجعیه،و هو مجمع علیه بین الأصحاب کما نقله فی المسالک.

و أما أنه لا یرثها فی البائن و لا بعد العده الرجعیه فلانقطاع العصمه بینهما خرج میراثها منه بالنصوص الآتیه و بقی ما عداه علی مقتضی القاعده،و یعضده بعده النصوص الداله علی ذلک أن المطلقه رجعیه بمنزله الزوجه،فتثبت لها أحکام الزوجه التی من جملتها الحکم المذکور ما دامت فی العده،و ینتفی إذا بانت بأحد الوجهین المذکورین.

و من الأخبار الداله علی الحکمین المذکورین ما رواه

فی الکافی (۳)عن زراره

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۲۱ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۷۷ ح ۱۷۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۳ ب ۲۱ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۲۳ ح ۱۲،التهذیب ج ۸ ص ۷۷ ح ۱۸۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۳ ب ۲۱ ح ۱.

۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۱۳۴ ح ۲،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۳۰ ب ۱۳ ح ۴.

فی الموثق قال: «سألت أبا جعفر علیه السلام عن الرجل یطلق المرأه،قال:ترثه و یرثها ما دام له علیها رجعه».

و ما رواه

فی الفقیه (۱)فی الصحیح عن الحسن بن محبوب عن ابن رئاب عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«إذا طلق الرجل امرأته توارثا ما کانت فی العده، فإذا طلقها التطلیقه الثالثه فلیس له علیها رجعه،و لا میراث بینهما». إلی غیر ذلک من الأخبار الکثیره (۲)الداله علی ثبوت التوارث فی العده الرجعیه،و انتفائه مع البینونه.

و بذلک یظهر ما فی کلام صاحب الکفایه تبعا للسید السند فی شرح النافع من المناقشه فی الحکم الأول.قال فی الکفایه:و یرث زوجته فی العده الرجعیه عند الأصحاب،و نقل غیر واحد منهم الإجماع علیه لکن إطلاق الصحیحه المذکوره ینافیه،و أشار بالصحیحه المذکوره إلی ما قدمه من

صحیحه الحلبی (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه سئل عن الرجل یحضره الموت فیطلق امرأته،هل یجوز طلاقها؟ قال:نعم،و إن مات ورثته،و إن ماتت لم یرثها». و السید السند بعد أن ذکر الحکم المذکور فی کلام الأصحاب اعترضه بأن مقتضی صحیحه الحلبی المتقدمه أن الزوج لا یرثها مطلقا،و حمل الروایات علی الطلاق البائن ینافیه قوله علیه السلام قبل ذلک«فإن مات ورثته»و المسأله محل إشکال.

أقول-و بالله التوفیق-:لا إشکال بحمد الملک المتعال فإن إطلاق الصحیحه المذکوره یجب تقییده بالروایات المستفیضه الداله علی التوارث فی العده الرجعیه مطلقا صحیحا کان أو مریضا،و قد عرفت بعضها،و أما الصحیحه المذکوره فالمراد منها إنما هو ما لو طلق المریض زوجته و خرجت عن العده،فإن مات ورثته،

۱- ۱) الفقیه ج ۴ ص ۲۲۸ ح ۱،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۳۲ ب ۲۳ ح ۱۰ و فیهما اختلاف یسیر.
۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۳۸۳،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۳۰ ب ۱۳.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۲۳ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۳۴ ب ۱۴ ح ۶ و فیه اختلاف یسیر.

و إن ماتت لم يرثها على التفصيل الاتى إن شاء الله تعالى،و ما ذكر من أن الزوج لا يرثها فى البائن هو المشهور بين الأصحاب خصوصا المتأخرين،و به قطع الشيخ فى الخلاف محتجا بإجماع الفرقه و أخبارهم،إلا أنه قال فى النهايه و تبعه فيه جمله من أتباعه:إذا طلق الرجل امرأته و هو مريض فإنهما يتوارثان ما دامت فى العده-ثم قال:-و لا فرق فى جميع هذه الأحكام بين أن تكون التطليقه هى الأولى أو الثانيه أو الثالثه،و سواء كان له عليهما رجعه أم لم يكن،انتهى (۱).

و مرجعه إلى ثبوت التوارث بينهما فى العده مطلقا رجعيه كانت أو بائنه.

و اختصاص الإرث بعد العده بالمرأه،دون العكس إلى مده السنه كما سيأتى،و لا ريب فى ضعفه،لأن الطلاق البائن موجب لانقطاع العصمه بين الزوجين الموجب سقوط التوارث،استثنى من ذلك إرثها منه بالنص و الإجماع-كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى-و بقى الباقى.

و من الأخبار الداله على القول المشهور إطلاق موثقه زراره و صحيحته (۲)المتقدمتين و نحوهما غيرهما،و التقريب فيهما أنهما خصا التوارث من الجانبين بما إذا كانت فى العده الرجعيه،و متى خرجت من العده أو كانت العده بائنه فلا توارث خرج منه بالنص و الإجماع إرث المرأه من الزوج إذا طلقها و هو مريض،فإنها ترثه فى العده البائنه و بعد العده الرجعيه إلى سنه كما سيأتى إن شاء الله تعالى و سيأتى فى الأخبار الآتيه ما يدل على ذلك.

---

۱ - ۱) أقول:هذا القول الذى ذهب إليه فى النهايه على طرف النقيض من القول الذى ذهب اليه صاحب الكفايه و شرح النافع،فإنهما ذهبا الى عدم التوارث فى العده الرجعيه مع بقاء الزوجيه،و الشيخ ذهب الى ثبوته فى العده البائنه مع انقطاع العصمه بالكليه فيها على طرفى الإفراط و التفريط.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۱۳۴ ح ۲ و ج ۶ ص ۱۲۳ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۳۰ ب ۱۳ ح ۴ و ج ۱۵ ص ۳۸۳ ب ۲۱ ح ۱.

و من أظهر الأدله (۱)أيضا ما سيظهر لك إن شاء الله من أن المقتضى لإرث الزوجه فى صورتى العده البائن و بعد الخروج من العده الرجعيه إنما هو التهمه بمنعها من الإرث،و هذه العله منتفيه من جانب الزوج كما لا يخفى.

و اعلم أنه قد احتج فى المسالك للقول المشهور بموثقه زراره المتقدمه، ثم قال فى تقريب الاستدلال بها:و قيد الرجعه لا يصلح فى ميراثها إجماعا لثبوته مطلقا فيبقى فى ميراثه و للقرب،و إذا انتفى القيد انتفى الحكم تحقيقا لفائدته.ثم استدل له بحسنه الحلبى التى تقدم وصفها بصحيحه الحلبى (۲)،ثم قال:و ليس ذلك فى الرجعى لاتفاقهما فى الحكم فهو فى البائن،ثم قال:و حجه الشيخ و أتباعه روايات تدل بظاهرها على ثبوت التوارث بينهما من غير تفصيل،و الأخبار من الجانبين غير نقيه،و الأولى الرجوع إلى حكم الأصل،و الوقوف على موضع الوفاق، و هو دال على الأول،انتهى.

أقول:أما تقريب الاستدلال بموثقه زراره كما ذكره فهو إنما يتم لو كان موردها طلاق المريض ليترتب عليه صحه قوله،و قيد الرجعه لا يصلح فى ميراثها إجماعا لثبوته مطلقا،مع أن الروايه كما عرفت مطلقه شامله للصحيح و المريض، فلا يتم ما ذكره،و كذا التعليل بالقرب إنما يتجه على كون موردها المريض، و إلا فهو لغو،فالحق أن الاستدلال بها إنما هو بالتقريب الذى قدمناه،و أما استدلاله بحسنه الحلبى،ففيه أنه لو حمل قوله«و إن ماتت لم يرثها على الطلاق البائن»لنافى قوله«و إن ماتت ورثته»كما تقدمت الإشاره إليه فى كلام سبطه

ص:۳۱۸

۱- ۱) و استدل فى شرح النافع على ذلك أيضا بصحيحه الحلبى المتقدمه بحملها على الطلاق البائن،مع أنه قد اعترض ذلك فى صدر كلامه بأنه ينافيه قوله فيها«فان مات ورثته»و الأظهر انما هو حمل الصحيحه المذكوره على الخروج من العده كما ذكرناه فى الأصل،فلا يكون من محل الاستدلال فى شیء.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۱۲۳ ح ۱۱.

السید السند،بل الأظهر فی معنی الخبر إنما هو ما قدمنا ذکره.

و أما قوله«إن حجه الشیخ و أتباعه روایات تدل بظاهرها علی ثبوت التوارث بینهما من غیر تفصیل»ففیه:إنا لم نقف علی شیء من هذه الأخبار فی طلاق المریض بالکلیه،و ستمر بک إن شاء الله مذیله ببیان ما اشتملت علیه من الأحکام.

الثالث [فی عله وجوب الإرث للزوجه فی الصورتین الخارجتین من القواعد المقرره]

ما ذکره بقوله«و ترثه سواء طلقها بائنا أو رجعیا.إلی آخر الکلام»و الوجه فیه أنه لا خلاف نصا و فتوی فی أن مطلقه المریض ترثه فی العده البائنه بعد انقضاء العده الرجعیه إلی سنه ما لم یبرأ من مرضه ذلک أو تتزوج هی قبل انقضاء السنه.

و إنما الخلاف فی أن وجوب الإرث لها فی هاتین الصورتین الخارجتین من القواعد المقرره هل هو لمجرد إطلاق النصوص الداله علی ذلک أعم من أن یکون السبب الداعی إلی الطلاق من جهته أو من جهتها؟أو أن العله إنما هی التهمه بالإضرار بها و منعها من المیراث،فقوبل حینئذ بنقیض مطلوبه من توریثها فی المده المذکوره ما لم تتزوج أو یبرأ أو تزید علی السنه؟أو یکون السبب من جهتها،و یکون الحکم هنا کما فی القاتل و حرمانه من الإرث،مقابله له بضد مطلوبه؟المشهور الأول،و إلی الثانی ذهب الشیخ فی الاستبصار و العلامه فی المختلف و جمله من متأخری المتأخرین کالمحدث الکاشانی و المحدث الشیخ محمد بن الحسن الحر العاملی و غیرهما،و هو الأظهر.

و ها أنا أتلو علیک أخبار المسأله زیاده علی ما تقدم منها بحیث لا یشذ منها شیء إن شاء الله.

و منها ما رواه

فی الکافی (۱)عن أبی العباس فی الصحیح أو الحسن عن أبی

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۲۲ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۳ ب ۶ ح ۱.

عبد الله علیه السلام قال: «إذا طلق الرجل المرأه فی مرضه ورثته ما دام فی مرضه ذلک، و إن انقضت عدتها إلا أن یصح منه،قال:قلت:فإن طال به المرض؟فقال:ما بینه و بین سنه». دلت هذه الروایه علی تحدید المده بالسنه،فلا میراث بعدها، و علی الإرث فی السنه مع استمرار المرض و إن کان الطلاق بائنا أو بعد العده الرجعیه.

و ما رواه

فی الکافی و الفقیه (۱)عن الحذاء و أبی الورد کلاهما عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«إذا طلق الرجل امرأته تطلیقه فی مرضه ثم مکث فی مرضه حتی انقضت عدتها فإنها ترثه ما لم تتزوج،فإن کانت تزوجت بعد انقضاء العده فإنها لا ترثه».

و ما رواه

فی الکافی (۲)عن عبد الرحمن بن الحجاج فی الموثق عمن حدثه عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل طلق امرأته و هو مریض،قال:إن مات فی مرضه و لم تتزوج ورثته،و إن کانت قد تزوجت فقد رضیت بالذی صنع،فلا میراث لها». و هما دالان علی أنه بالتزویج یزول الإرث.

و عن عبید بن زراره (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن رجل طلق امرأته و هو مریض حتی مضی لذلک سنه،قال:ترثه إذا کان فی مرضه الذی طلقها فیه لم یصح من ذلک». و مفهومه دال علی ما ذکره الأصحاب من أنه لو صح لم ترثه.

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۴)عن أبی العباس فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت له:رجل طلق امرأته و هو مریض تطلیقه و قد کان طلقها قبل ذلک

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۲۱ ح ۲،الفقیه ج ۳ ص ۳۵۳ ح ۳ و فیه اختلاف یسیر، التهذیب ج ۸ ص ۷۷ ح ۱۸۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۶ ب ۲۲ ح ۵.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۲۲ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۷۸ ح ۱۸۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۶ ب ۲۲ ح ۶ مع اختلاف یسیر.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۲۲ ح ۵،التهذیب ج ۸ ص ۷۸ ح ۱۸۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۶ ب ۲۲ ح ۷ مع اختلاف یسیر.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۲۲ ح ۶،التهذیب ج ۸ ص ۷۸ ح ۱۸۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۶ ب ۲۲ ح ۸ مع اختلاف یسیر.

تطليقتين؟قال:فإنها ترثه إذا كان فی مرضه،قال:قلت:و ما حد المرض؟ قال:لا يزال مريضا حتی يموت و إن طال ذلک إلی سنه».

و عن أبی العباس فی الصحيح بروايه المشايخ الثلاثه (۱)عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«إذا طلق الرجل المرأه فی مرضه ورثته ما دام فی مرضه ذلک و إن انقضت عدتها إلا أن يصح منه،قال:قلت:فإن طال به المرض؟قال:ما بينه و بين سنه».

و عن سماعه بروايه الثلاثه (۲)فی الموثقه قال:

«سألته عليه السلام عن رجل طلق امرأته،قال:ترثه ما دامت فی عدتها،و إن طلقها فی حال إضرار فهی ترثه إلی سنه،فإن زاد علی السنه يوما واحدا لم ترثه»و زاد فی الكافی و التهذيب«و تعتد منه أربعه أشهر و عشرا،عده المتوفی عنها زوجها». و بهذه الروايه استدل الشيخ علی ما قدمنا نقله عنه،وردها المتأخرون بضعف السند،و هو غير مرضی و لا معتمد.

و ما رواه

فی الكافی و الفقيه (۳)عن أبان عن رجل عن أبی عبد الله عليه السلام

«أنه قال فی رجل طلق امرأته تطليقتين فی صحته،ثم طلق التطليقه الثالثه و هو مريض:

إنما ترثه ما دام فی مرضه و إن كان إلی سنه». و هذه الروايه مع روايه أبی العباس الثانيه ظاهره الدلاله فی أنها ترثه فی عده الطلاق البائن كما قدمنا ذكره و نحوهما ما يأتی فی موثقه عبيد بن زراره.

و ما رواه

فی الكافی و التهذيب (۴)عن الحلبی و أبی بصير و أبی العباس جميعا

۱- ۱) الكافی ج ۶ ص ۱۲۲ ح ۷،الفقيه ج ۴ ص ۲۲۸ ح ۲،التهذيب ج ۹ ص ۳۸۵ ح ۹، الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۴ ب ۲۲ ح ۱،و فی بعضها اختلاف يسير.
۲- ۲) الكافی ج ۶ ص ۱۲۲ ح ۹،الفقيه ج ۳ ص ۳۵۴ ح ۷،التهذيب ج ۸ ص ۷۸ ح ۱۸۶، الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۴ ب ۲۲ ح ۴،و فی بعضها اختلاف يسير.
۳- ۳) الكافی ج ۷ ص ۱۳۴ ح ۶،الفقيه ج ۳ ص ۳۵۳ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۵ ب ۲۲ ح ۳،و ما فی المصادر اختلاف يسير.
۴- ۴) الكافی ج ۷ ص ۱۳۴ ح ۶،التهذيب ج ۹ ص ۳۸۶ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۷ ب ۲۲ ح ۹.

عن أبی عبد الله علیه السلام «أنه قال:ترثه و لا یرثها إذا انقضت العده».

و ما رواه

فی التهذیب (۱)عن زراره عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یطلق امرأته فی مرضه،قال:ترثه ما دام فی مرضه و إن انقضت عدتها».

و عن عبید بن زراره (۲)فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یطلق امرأته تطلیقتین ثم یطلقها الثالثه و هو مریض فهی ترثه».

و ما رواه

فی الفقیه و التهذیب (۳)عن ابن مسکان عن البقباق قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل طلق امرأته و هو مریض،قال:ترثه فی مرضه ما بینه و بین سنه إن مات من مرضه ذلک،و تعتد من یوم طلقها عده المطلقه،ثم تتزوج إذا انقضت عدتها،و ترثه ما بینها و بین سنه إن مات فی مرضه ذلک و إن مات بعد ما تمضی سنه فلیس لها میراث».

و لا منافاه بین هذا الخبر و بین ما تقدم فی موثقه سماعه (۴)من أنها تعتد عده المتوفی عنها زوجها أربعه أشهر و عشرا،فإن المراد من هذا الخبر أنها تعتد بعد طلاقه لها عده المطلقه،و هما یتوارثان فی العده کما تقدم،فإذا انقضت العده امتنع میراثه منها لو ماتت،و بقی میراثها منه لو مات،فلو مات قبل السنه ورثته، و اعتدت منه عده المتوفی عنها زوجها ما لم تتزوج قبل ذلک،و علی هذا تحمل موثقه سماعه.

و ما رواه

فی کتاب من لا یحضره الفقیه (۵)عن صالح بن سعید عن یونس

ص:۳۲۲

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۷۸ ح ۱۸۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۷ ب ۲۲ ح ۱۰.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۸۰ ح ۱۹۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۸ ب ۲۲ ح ۱۵.
۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۳۵۳ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۷۹ ح ۱۹۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۷ ب ۲۲ ح ۱۱ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۲۲ ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۵ ب ۲۲ ح ۴.

۵- ۵) الفقیه ج ۴ ص ۲۲۸ ح ۴،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۳۴ ب ۱۴ ح ۷.

عن بعض رجاله عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «سألته ما العله التی من أجلها إذا طلق الرجل امرأته و هو مریض فی حال الإضرار ورثته و لم یرثها؟فقال:هو الإضرار و معنی الإضرار منعه إیاها میراثها منه،فألزم المیراث عقوبه».

و هذا الخبر صریح فیما ذهب إلیه الشیخ مما تقدم نقله عنه،و هو ظاهر الصدوق بناء علی قاعدته المذکوره فی صدر کتابه.

و ما رواه

فی التهذیب (۱)عن محمد بن القاسم الهاشمی قال:

«سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:لا ترث المختلعه و المباراه و المستأمره فی طلاقها من الزوج شیئا إذا کان ذلک منهن فی مرض الزوج و إن مات فی مرضه،لأن العصمه قد انقطعت منهن و منه».

أقول:و فی هذا الخبر ما یشیر إلی ذلک،فإن الأخبار المتقدمه کلها قد اتفقت علی میراثها منه إلی سنه و إن خرجت من العده،و هؤلاء إنما خرجوا من الحکم المذکور لأن العله فی الطلاق من جهتهن بالمطالبه بالطلاق دون المطلقه التی لا تطلب ذلک،بل ربما تکون کارهه له و إن بانت کما ذکره فی الاستبصار.

هذا ما حضرنی من أخبار المسأله،و أنت خبیر بأنه إذا ضم بعضها إلی بعض ما تقدم و ما تأخر من غیر رد لشیء منها کما هو قاعدتنا فی الکتاب،فإن الناتج من ذلک هو أنه لا ینبغی للمریض أن یطلق زوجته إضرارا بها،و هذا هو العله فی المنع الوارد فی الأخبار المتقدمه فی صدر المسأله.

ثم إنه إن فعل ذلک و خالف فإن طلاقه یکون صحیحا،فیجوز للمرأه التزویج بعد الخروج من العده،فإن تزوجت بعد العده أو برئ المریض من مرضه أو جاز المرض السنه فلا میراث بینهما،و إلا فهی ترثه و إن بانت منه بطلاق بائن أو خروج من العده الرجعیه عقوبه و مقابله له بضد ما قصده من منعها من المیراث بالطلاق،و تعتد عده المتوفی عنها زوجها متی ورثته.

و أما ما ادعاه فی المسالک من ورود أخبار داله علی ما ذهب إلیه الشیخ من أنه

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۰۰ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۶ ب ۵ ح ۴.

يرثها كما ترثه فى العده البائنه،فليس فى الأخبار المذكوره ما يدل عليه و ليس غيرها فى الباب.

نعم هنا بعض الأخبار الموهمه لذلك،إلا أنه ليس فيها تصريح بالمرض، بل ظاهرها إنما هو الصحيح.

و منها ما رواه

فى التهذيب (۱)عن عبد الرحمن عن موسى بن جعفر عليه السلام قال:

« سألته عن رجل طلق امرأته آخر طلاقها،قال:نعم يتوارثان فى العده».

و عن يحيى الأزرق (۲)عن أبى الحسن عليه السلام قال:

«المطلقه ثلاثا ترث و تورث ما دامت فى عدتها». و الشيخ قد حملها تاره على ما إذا وقعت الثلاث فى مجلس واحد فتحسب بواحده يملك معها الرجعه،و اخرى على ما إذا وقعت الثالثه فى حال مرض الزوج،فإنه يوجب الإرث و إن انقطعت العصمه.

و أنت خبير بما فى هذا الاستدلال مع تعدد الاحتمال من الضعف و القصور، و به يظهر قوه القول المشهور كما تقدم ذكره،و التأويل الثانى إنما يتم لو قام الدليل من خارج على ميراثه منها كما قام على ميراثها منه،و إلا فإتيانه بمجرد هذه الروايه لا يخفى ما فيه.

تنبيهات

الأول [حكم الأحوال المخوفه المشابهه بالمرض]

المشهور أنه كما لا يلحق بالطلاق غيره من أنواع الفسخ اتفاقا كذلك لا يلحق بالمرض غيره مما يشبهه من الأحوال المخوفه،وقوفا فيما خالف الأصل على موضع اليقين،و نقل عن ابن الجنيد أنه ألحق الأسير الغير الآمن على نفسه غالبا،و المأخوذ للقود بحد يخاف عليه،مثل ما يخاف عليه بالمرض.

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۸۰ ح ۱۹۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۸ ب ۲۲ ح ۱۲ و فيهما اختلاف يسير.
۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۹۴ ح ۲۳۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۸ ب ۲۲ ح ۱۳.

و نفی عنه العلامه-رحمه الله علیه-البأس،و لا یخفی أنه مجرد قیاس لا یخرج عن ظلمه الالتباس.

الثانی [فی ما لو طلق المریض الأمه أو الکتابیه طلاقا رجعیا]

اختلف الأصحاب فیما لو طلق الأمه مریضا طلاقا رجعیا،أو الکتابیه، ثم أعتقت الأمه و أسلمت الکتابیه فی العده و مات فی مرضه،فقیل بأنهما ترثان فی العده و لا ترثان بعدها،لانتفاء التهمه،لأن الأمه و الکتابیه لا ترثان وقت الطلاق.

و قیل:إنهما ترثان مطلقا و لو بعد العده،لوجود المقتضی للإرث-و هو الطلاق فی المرض-و انتفاء المانع،إذ لیس هنا إلا کونهما غیر وارثین وقت الطلاق،و هو لا یصلح للمانعیه،لأن المعتبر استحقاق الإرث حال الحکم به،و المفروض أنهما حال الموت حره مسلمه.

و أنت خبیر بأن القولین المذکورین متفرعان علی الخلاف المتقدم ذکره من أن الموجب للمیراث بعد العده أو کون الطلاق بائنا هل هو مجرد إطلاق الأخبار الداله علی أن المریض إذا طلق امرأته فی حال مرضه ورثته إلی سنه؟أو أن الموجب إنما هو حصول التهمه بکون طلاقه لها لقصد حرمانها من المیراث؟ فالقول الثانی و هو القول بمیراثها مطلقا یتفرع علی الأول،و الأول علی الثانی.

و قیل فی المسأله أیضا قول ثالث،و هو أنها لا ترث (۱)و إن انتفت التهمه و علل بأنه طلقهما فی حال لم یکن لهما أهلیه الإرث،و المفروض کون الطلاق بائنا،فلم یصادف وقت الإرث أهلیتهما له للبینونه و لا وقت الطلاق لوجود المانع و هو الرق و الکفر.

و نقل عن فخر المحققین أنه استدل علی هذا القول بأن النکاح الحقیقی لم یوجب لهما المیراث فکیف الطلاق.و اعترضه فی المسالک بمنع أن النکاح لا یوجب المیراث،قال:بل هو موجب له مطلقا،و لکن الکفر و الرق مانعان من الإرث إذ الإسلام و الحریه شرط فیه،و تخلف الحکم عن السبب لوجود مانع

۱- ۱) الظاهر«أنهما لا ترثان»هو الصحیح.

أو فقد شرط لا يقدح فی سببيته،فإذا فقد المانع أو وجد الشرط عمل السبب عمله كما حقق فی الأصول و الأمر هنا كذلك،انتهی.

أقول:و الظاهر بالنظر إلی ما قدمنا اختياره من أن الموجب للإرث إنما هو التهمه بقصده الإضرار بها هو القول الأول من الأقوال الثلاثه المذكوره،و هو اختيار العلامه فی المختلف،و نقله فيه عن ابن الجنيد أيضا و شيخنا الشهيد الثانی فی المسالك بناء علی ترجيحه القول بإطلاق الأخبار المتقدمه و عدم صلاحيه المخصص للتخصيص لضعف الاسناد اختار الثانی.

الثالث:إذا ادعت المطلقه المريض أن المريض طلقها قبل موته فی حال المرض

،و أنكر الوارث ذلك و زعم أنه طلقها فی حال الصحه قالوا:إن القول هنا قول الوارث لتساوی الاحتمالين المذكورين،و الأصل عدم التوارث إلا مع وجود سببه.

توضيحه:أن إرث المطلقه هنا لما كان جاريا علی خلاف الأصل و متوقفا علی شرط-و هو وقوع الطلاق فی حال مرض الموت-فلا بد فی ثبوت الميراث من العلم بوجود الشرط المذكور،و إلا فالأصل عدم الإرث.

الرابع [لو طلق أربعا فی مرضه و تزوج أربعا و دخل بهن ثم مات]

قالوا:لو طلق أربعا فی مرضه و تزوج أربعا و دخل بهن ثم مات فيه كان الربع أو الثمن بينهن بالسويه،و إنما قيد تزويج الأربع الجديدات بالدخول لما سيأتی إن شاء الله من أن صحه نكاح المريض مشروط بالدخول.فلو مات قبله فلا ميراث،و حينئذ فإذا دخل بالأربع الجديدات ورثته بالدخول و الزوجيه المقتضيه لذلك،و ورثته الأربع الأول أيضا لوجود سببه،و هو الطلاق فی مرض الموت المقتضی للإرث و إن خرجن عن الزوجيه.و حينئذ فتشترك الجميع فی الربع أو الثمن بالسويه كاشتراك الأربع فيه و لا ميراث لما زاد عن الأربع بالزوجيه إلا فی هذه الصوره،و الله العالم.

المقصد الثالث فی جمله من الأحکام المتعلقه بالمقصد المتقدم

اشاره

و فیه فصول:

[الفصل] الأول فی المحلل:

[شرائطه]

اشاره

و یشترط فیه شروط،

الأول:أن یکون الزوج بالغا

،و فی المراهق خلاف، و الذی قطع به الأکثر العدم،و قوی الشیخ فی المبسوط و الخلاف وقوع التحلیل بالمراهق،و هو من قارب الحلم،فإنه یحصل بوطئه التحلیل.

و یدل علی المشهور صریحا ما رواه

فی الکافی (۱)عن علی بن الفضل الواسطی قال:

«کتبت إلی الرضا علیه السلام:رجل طلق امرأته الطلاق الذی لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره فتزوجها غلام لم یحتلم،قال:لا،حتی یبلغ.فکتبت إلیه:ما حد البلوغ؟ فقال:ما أوجب علی المؤمنین الحدود».

و ما روی فی عده أخبار

عنه صلی الله علیه و آله

«حتی تذوقی عسیلته و یذوق عسیلتک».

و هو ما فسره فی النهایه (۲)و غیرها من کتب اللغه کنایه عن لذه الجماع،و قیل:

الانزال،و هو لا یتحقق إلا فی البالغ لأن اللذه التامه إنما تحصل بإنزال المنی و إن حصل قبله لذه ما،و یشیر إلیه التشبیه بالعسل المشتمل علی کمال اللذه، و استدل للشیخ بظاهر قوله تعالی «حَتّٰی تَنْکِحَ زَوْجاً غَیْرَهُ» (۳)الصادق ذلک الصغیر و الکبیر،و ظاهر شیخنا الشهید الثانی-رحمه الله علیه-فی المسالک بالمیل إلی ما ذهب إلیه الشیخ مستندا إلی ظاهر الآیه المذکوره،و استضعافا

لسند الروايه المتقدمه،و حملا للحديث النبوی علی ما یشمل المراهق لأن له لذه

ص :۳۲۷

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۷۶ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۷ ب ۸ ح ۱.

۲- ۲) النهایه لابن الأثیر ج ۳ ص ۲۳۷.

۳- ۳) سوره البقره-آیه ۲۳۰.

الجماع،و كذلك المرأه تلتذ به فيتناوله الخبر.

و فيه:أن ما استند إليه من ظاهر الآيه يرده أنهم قد صرحوا فی غير مقام بأن الإطلاق إنما ينصرف إلی الأفراد الكثيره المتعارفه دون الأفراد النادره، و لا ريب أن نكاح غير البالغ من أندر الفروض النادره.

و أما رد الروايه بضعف السند فقد عرفت أنه غير مرضی و لا معتمد،أما عندنا فظاهر،و أما عندهم فلجبرها بشهره الفتوی بمضمونها،حتی أن سبطه الذی هو عمده المشيدين لهذا الاصطلاح المحدث قد قال بالقول المشهور و استدل بها.

و أما دعوی دخول المراهق فی الحديث النبوی فهو بعيد غايه البعد لما أشرنا إليه آنفا.

الثانی:أن يطأها المحلل

،فلا يكفی العقد المجرد عن الوطء،و لا الخلوه المضاف إليه.و نقل الإجماع علی ذلك من الخاصه و العامه إلا من سعيد بن المسيب، حيث اكتفی بمجرد العقد عملا بظاهر الآيه المتقدمه،لأن النكاح حقيقه فی العقد.

و فيه مضافا إلی الإجماع المذكور أن إطلاق الآيه مخصص بأخبار العسيله، و منها فی خصوص ما نحن فيه،ما رواه

فی الكافی (1)عن أبی حاتم عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يطلق امرأته الطلاق الذی لا تحل له حتی تنكح زوجا غيره ثم تزوج رجلا لا يدخل بها،قال:لا حتی يذوق عسيلتها».

و ما رواه

فی التهذيب (2)عن زراره عن أبی جعفر عليه السلام

«فی الرجل يطلق امرأته تطليقه ثم يراجعها بعد انقضاء عدتها،فإذا طلقها الثالثه لم تحل له حتی تنكح زوجا غيره،فإذا تزوجها غيره و لم يدخل بها و طلقها أو مات عنها لم تحل لزوجها الأول حتی يذوق الآخر عسيلتها».

۱- ۱) الكافی ج ۵ ص ۴۲۵ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۶ ب ۷ ح ۱ و فيهما اختلاف يسير.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۳۳ ح ۱۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۵۲ ب ۳ ح ۹.

و خبر العسیله أیضا مروی عندهم کما هو مروی عندنا،

فروی غیر واحد منهم (۱)

«أنه جاءت امرأه رفاعه القرظی إلی النبی صلی الله علیه و آله و سلم فقالت:کنت عند رفاعه،فبت طلاقی،فزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبیر،فطلقنی قبل أن یمسنی -و فی روایه:و أنا معه مثل هدیه الثوب-فتبسم النبی صلی الله علیه و آله و سلم و قال:أ تریدین أن ترجعی إلی رفاعه؟لا،حتی تذوقی عسیلته،و یذوق عسیلتک».

الثالث:أن یکون الوطء فی القبل

فلا یکفی فی الدبر،و قال فی المسالک:

و هو مستفاد أیضا من ذوق العسیله،فإنه منتف من الجانبین فی غیر القبل،و لأنه المعهود.

أقول:و فی هذا الکلام تأیید لما أوردناه علیه آنفا من استناده إلی ظاهر الآیه فی تقویه مذهب الشیخ،مع أنه خلاف المعهود،و استناده إلی الحدیث النبوی فی شموله المراهق،بدعوی حصول اللذه له فإن اللذه أیضا حاصله بالجماع فی الدبر،و لم یرتکب ذلک فاعله إلا لما یراه فیه من اللذه،و لکنها لا یبلغ لذه النکاح فی القبل،و دعواه-رحمه الله علیه-أنه منتف من الجانبین فی غیر القبل ممنوعه لما عرفت.

الرابع:کون الوطء موجبا للغسل

،و حده أن تغیب الحشفه أو قدرها من مقطوعها،لأن ذلک هو مناط أحکام الوطء کلها،قالوا:و الفرق بین أن یحصل مع ذلک انتشار العضو و عدمه حتی لو حصل بإدخال الحشفه بالاستعانه،کفی علی ما یقتضیه إطلاق النص و الفتوی.

و یشکل ذلک بأخبار العسیله الظاهره فی حصول اللذه بذلک الجماع، و مجرد إدخال المقدار المذکور علی هذا الوجه لا یترتب علیه لذه کما لا یخفی،و دعوی اقتضاء إطلاق النص ما ذکروه ممنوع،فإن الإطلاق إنما

۱- ۱) سنن أبی داود ج ۲ ص ۲۹۴ ح ۲۳۰۹،سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۷۳،النهایه لابن الأثیر ج ۳ ص ۲۳۷.

یحمل علی الأفراد الشائعه المتکرره دون الفروض النادره،و یؤید ذلک بأخبار العسیله المذکوره.و بالجمله فالظاهر عندی ضعف ما ذکروه،و إن کان ظاهرهم الاتفاق علیه.

الخامس:کون ذلک بالعقد الدائم

،و احترزنـا بالعقـد عن ملـک الیمین و التحلیل لقوله تعالی «حَتّٰی تَنْکِحَ زَوْجاً غَیْرَهُ» (۱)و النکاح حقیقه فی العقـد،و علی تقدیر کونه حقیقه فی الوطء فلفـظ الزوج موجب لخروج النکاح بالملک و التحلیل إذ لا یسـمی واحـد منهما زوجا،و یـدل علی ذلک قوله تعالی «فَإِنْ طَلَّقَهٰا» و النکاح بملک الیمین أو التحلیل لا طلاق فیه.

و من الأخبار الداله علی ذلک بالنسبه إلی ملک الیمین ما رواه

فی التهذیب (۲)عن الفضیل عن أحدهما علیهما السلام قال:

«سـألته عن رجـل زوج عبـده أمته ثم طلقها تطلیقتین،أ یراجعها إن أراد مولاها؟قال:لا،قلت:أفرأیت أن وطأها مولاها أ یحل للعبد أن یراجعهـا؟قـال:لا،حتی تزوج زوجا غیره و یـدخل بها فیکون نکاحا مثل نکاح الأول،و إن کان قـد طلقها واحـده فأراد مولاها راجعها».

و التقریب فیهـا أن الأمه تحرم بتطلیقتین و لا تحل إلا بالمحلل،و قـد منع علیه السـلام نکاح المولی أن یکون تحلیلا موجبا لجواز مراجعه الزوج الأول لها،و أوجب زوجا غیره مثل التزویـج الأول،و نحوها أیضا روایه عبـد الملک بن أعین.(۳) و احترزنا بالدائم عن نکاح المتعه،فإنه لا یحصل به تحلیل اتفاقا و فتوی،

۱- ۱) سوره البقره-آیه ۲۳۰.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۸۷ ح ۲۱۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹۷ ب ۲۷ ح ۲.

و من الأخبار فی ذلک ما رواه

فی الکافی (۱)فی الصحیح أو الحسن عن محمد بن مسلم عن أحدهما علیهما السلام

«قال سألته عن رجل طلق امرأته ثلاثا،ثم تمتع منها رجل آخر،هل تحل للأول؟قال:لا».

و عن الصیقل (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل طلق امرأته طلاقا لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره فتزوجها رجل متعه،أ یحل له أن ینکحها؟ قال:لا،حتی تدخل فی مثل ما خرجت منه».

أقول:و فی هذا الخبر دلاله علی عدم التحلیل بشیء من الثلاثه المذکورین فإن الذی خرجت منه إنما هو النکاح بالعقد الدائم،و هو الذی حصل به التحریم بالتکرر ثلاث مرات،فلا بد فی المحلل الذی تدخل فیه أن یکون کذلک،فلا یجزی نکاح الملک و لا التحلیل و لا المتعه،و هو ظاهر.

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۳)عن الصیقل عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت له:

رجل طلق امرأته طلاقا لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره،فیتزوجها رجل متعه، أ تحل للأول؟قال:لا،لأن الله تعالی یقول «فَإِنْ طَلَّقَهٰا فَلاٰ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتّٰی تَنْکِحَ زَوْجاً غَیْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهٰا» و المتعه لیس فیها طلاق».

أقول:و من هذا الخبر أیضا یستفاد عدم التحلیل بملک الیمین و التحلیل، إذ لا طلاق فی شیء منهما کما عرفت.

و عن هشام بن سالم (۴)فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل تزوج امرأه ثم طلقها فبانت فتزوجها رجل آخر متعه،هل تحل لزوجها الأول؟قال:لا،حتی تدخل فیما خرجت منه». و التقریب فیها کما تقدم فی روایه الصیقل الاولی.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۲۵ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۸ ب ۹ ح ۲ و فیهما«تمتع فیها».
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۲۵ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۸ ب ۹ ح ۱ و فیهما اختلاف یسیر.
۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۳۴ ح ۲۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۹ ب ۹ ح ۴.
۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۳۴ ح ۲۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۹ ب ۹ ح ۳.

و عن عمار بن موسى (۱)فی الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل طلق امرأته تطلیقتین للعده،ثم تزوجت متعه،هل تحل لزوجها الأول؟قال:

لا:حتی تزوج ثباتا».

أقول:و فی هذا الخبر دلاله علی ما ذکرناه من الشرط المذکور الموجب لخروج الثلاثه المذکوره،فإن ثباتا إما بالثاء المثلثه ثم الباء الموحده ثم التاء المثناه من فوق،أو بالباء الموحده أولا ثم بالتائین المثناتین من فوق من البت بمعنی اللزوم،و المعنیان متقاربان،و هما کنایه عن العقد الدائم کما وقع التعبیر به فی غیر هذا الخبر أیضا.

و من أخبار المسأله زیاده علی ما ذکر ما رواه

فی الکافی (۲)عن إسحاق بن عمار قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل طلق امرأته طلاقا لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره،فتزوجها عبد ثم طلقها،هل یهدم الطلاق؟قال:نعم،لقول الله تعالی فی کتابه «حَتّٰی تَنْکِحَ زَوْجاً غَیْرَهُ» و قال:هو أحد الأزواج». و فی الخبر دلاله علی التحلیل بتزویج العبد کالحر.

إذا عرفت ذلک فاعلم أن التحلیل المذکور إذا استکمل الشرائط المذکوره فإنه لا خلاف فی هدمه الثلاث الطلقات إذا وقع بعدها،و إنما الخلاف فی هدمه ما دون الثلاث،بمعنی أنه إذا طلق الزوجه طلقه واحده أو طلقتین ثم خرجت من العده فتزوجت بغیره تزویجا مشتملا علی شروط التحلیل المتقدمه ثم طلقها أو مات عنها ثم رجعت إلی الزوج الأول بعقد جدید،فهل تبقی معه علی ثلاث تطلیقات،بمعنی أن هذا التزویج قد هدم الطلاق الأول فکأنه لم یطلقها بالکلیه و لا یحسب تلک الطلقه أو الطلقتان؟أو أنها تبقی معه علی ما بقی من الثلاث،

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۳۳ ح ۲۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۴ ب ۶ ح ۵ و فیهما«بتاتا» مع اختلاف یسیر.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۲۵ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۰ ب ۱۲ ح ۱ و فیهما اختلاف یسیر.

بمعنى أن التزويج الثانى لم يهدم الطلاق الأول فتبقى بعد عودها إلى الأول على واحده أو اثنتين؟قولان،المشهور الأول،و قيل بالثانى،إلاـ أن القائل به غير معلوم، و إنما نقله الشيخ فى الخلاف عن بعض أصحابنا المتأخرين،و هو الظاهر عندى من الأخبار كما ستمر بك إن شاء الله تعالى واضحه المنار ساطعه الأنوار.

و الذى يدل على القول المشهور ما رواه

ثقه الإسلام فى الكافى (۱)عن رفاعه فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل طلق امرأته حتى بانت منه و انقضت عدتها ثم تزوجت زوجا آخر فطلقها أيضا ثم تزوجها زوجها الأول،أ يهدم ذلك الطلاق الأول؟قال:نعم».

و رواها

الشيخ فى التهذيب (۲)بسند فيه ضعف عن رفاعه بن موسى قال:

« قلت لأبى عبد الله عليه السلام:رجل طلق امرأته تطليقه واحده فتبين منه ثم يتزوجها آخر فيطلقها على السنه فتبين منه ثم يتزوجها الأول،على كم هى عنده؟قال:

على غير شيء.ثم قال:يا رفاعه كيف إذا طلقها ثلاثا ثم تزوجها ثانيه استقبل الطلاق،فإذا طلقها واحده كانت على اثنتين».

و ما رواه

فى التهذيب (۳)عن عبد الله بن عقيل بن أبى طالب عليه السلام فى الضعيف قال:

«اختلف رجلان فى قضيه إلى على عليه السلام و عمر فى امرأه طلقها زوجها تطليقه أو اثنتين،فتزوجها آخر فطلقها أو مات عنها،فلما انقضت عدتها تزوجها الأول، فقال عمر:هى منك على ما بقى من الطلاق.و قال أمير المؤمنين عليه السلام:سبحان الله أ يهدم ثلاثا و لا يهدم واحده».

و أما ما يدل على القول الآخر فظاهر الآيه و هى قوله تعالى

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۷۷ ح ۳،التهذيب ج ۸ ص ۳۰ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۳ ب ۶ ح ۱.
۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۳۱ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۳ ب ۶ ح ۱.
۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۳۴ ح ۲۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۳ ب ۶ ح ۳ و فيهما اختلاف يسير.

«فَإِنْ طَلَّقَهٰا فَلاٰ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتّٰى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ» فإن المراد من الآيه كما ذكره المفسرون و به وردت الأخبار أنه إذا طلقها الثالثه،و هو أعم من أن يتحلل ذلك نكاح زوج غيره أم لا،إذ المدار فى التحريم المتوقف حله على المحلل هو حصول الطلقات الثلاث مطلقا،و به أخبار صحاح صراح متكاثره.

و منها ما رواه

فى الكافى فى الصحيح أو الحسن و فى التهذيب (۱)فى الصحيح عن الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل طلق امرأته تطليقه واحده ثم تركها حتى قضت عدتها ثم تزوجها رجل غيره ثم إن الرجل مات أو طلقها فراجعها الأول،قال:هى عنده على تطليقتين باقيتين».

و ما رواه

فى الكافى (۲)عن على بن مهزيار فى الصحيح قال:

«كتب عبد الله بن محمد إلى أبى الحسن عليه السلام:روى بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يطلق امرأته على الكتاب و السنه فتبين منه بواحده فتزوج زوجا غيره فيموت عنها أو يطلقها فترجع إلى زوجها الأول،أنها تكون عنده على تطليقتين و واحده قد مضت،فوقع عليه السلام تحته:صدقوا.و روى بعضهم أنها تكون عنده على ثلاث مستقبلات، و أن تلك التى طلقها ليست بشىء لأنها قد تزوجت زوجا غيره،فوقع عليه السلام بخطه:لا».

و ما رواه

الشيخ (۳)عن أحمد بن محمد بن عيسى عن على بن أحمد عن عبد الله بن محمد قال:

«قلت له:روى عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يطلق امرأته على الكتاب و السنه فتبين منه بواحده و تزوج زوجا غيره فيموت عنها أو يطلقها فترجع إلى زوجها الأول أنها تكون عنده على تطليقتين و واحده قد مضت،فقال:صدقوا».

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۴۲۶ ح ۵،التهذيب ج ۸ ص ۳۲ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۴ ب ۶ ح ۶ و ما فى المصادر اختلاف يسير.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۴۲۶ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۴ ب ۶ ح ۷ و ۸ و فيهما اختلاف يسير.

۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۳۲ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۴ ب ۶ ح ۷ و فيهما اختلاف يسير.

و ما رواه

الشيخ (۱)فی الصحيح عن منصور عن أبی عبد الله عليه السلام

فی امرأه طلقها زوجها واحده أو اثنتين ثم تركها حتی تمضی عدتها فتزوجها غيره فيموت أو يطلقها فيتزوجها الأول،قال:هی عنده علی ما بقی من الطلاق».

و رواه أيضا بسند آخر فی الصحيح عن ابن مسكان عن محمد الحلبی (۲)عن أبی عبد الله عليه السلام مثله.

و عن جميل بن دراج (۳)فی الصحيح عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«إذا طلق الرجل المرأه فتزوجت ثم يطلقها فتزوجها الأول ثم طلقها فتزوجت رجلا ثم طلقها،فإذا طلقها علی هذا ثلاثا لم تحل له أبدا».

و نحو روی إبراهيم بن عبد الحميد (۴)عن الحسن عليه السلام و فی بعض متون هذا الخبر و هو الذی نقله فی المسالك

عن حماد بن عثمان عن أبی عبد الله عليه السلام و إبراهيم بن عبد الحميد عن الكاظم عليه السلام قال:

«إذا طلق الرجل المرأه فتزوجت ثم طلقها زوجها فتزوجها الأول ثم طلقها فتزوجت رجلا،ثم طلقها هكذا ثلاثا لا تحل له أبدا».

و التقريب فی هذا الخبر أنه لو هدم الزوج المتوسط الطلاق الذی تقدم من الزوج الأول لكان إذا طلقها علی الوجه المذكور فی الخبر تحل له أبدا لعدم الموجب للتحريم.و الظاهر أن المراد بقوله«لم تحل له أبدا»يعنی حتی تنكح زوجا غيره.

و ما رواه

الشيخ (۵)عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن موسی بن بكير عن زراره عن أبی جعفر عليه السلام

«أن عليا عليه السلام كان يقول فی الرجل يطلق امرأته تطليقه ثم يتزوجها بعد زوج:إنها عنده علی ما بقی من طلاقها». و ليس فی سند هذا

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۳۲ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۵ ب ۶ ح ۹.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۳۲ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۵ ب ۶ ح ۹.

۳- ۳) الكافی ج ۵ ص ۴۲۸ ح ۱۳.

۴- ۴) الكافی ج ۵ ص ۴۲۸ ح ۷.

۵- ۵) التهذيب ج ۸ ص ۳۲ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۵ ب ۶ ح ۱۰ و فيهما «موسی بن بكر».

الخبر من یتوقف فی شأنه إلا موسی بن بکیر،فإنه قیل:إنه واقفی إلا أنه من أصحاب الأصول،و الراوی عنه صفوان الذی قد نقل فیه إجماع العصابه علی تصحیح ما یصح عنه،فالروایه لا یخلو من الاعتبار فی سندها.

و ما رواه

أحمد بن محمد بن عیسی فی نوادره عن النصر عن عاصم عن محمد بن قیس (۱)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن رجل طلق امرأته تطلیقه ثم نکحت بعده رجلا غیره ثم طلقها فنکحت زوجها الأول،فقال:هی عنده علی تطلیقه».

هذا ما حضرنی من روایات هذا القول و لا یخفی علی الناقد البصیر ضعف معارضه روایتی القول المشهور لهذه الأخبار،بل التحقیق أنه لیس للقول المشهور إلا روایه رفاعه،لأن روایه عبد الله بن عقیل لم تستند إلی إمام،و إنما استندت إلیه،فهی لیست بدلیل شرعی،و لا سیما مع معارضتها بروایه الباقر علیه السلام عن علی علیه السلام خلاف ما دلت علیه کما عرفت،فلم یبق إلا روایه رفاعه،و العمده فی ترجیحها إنما هو شهره القول بها،فانحصر الدلیل فی الشهره،و لهذا أن جمله من المتأخرین قد ترددوا فی المسأله،و استشکلوا فیها من حیث صحه أخبار القول الثانی و تکاثرها و من حیث شهره القول الأول حیث لم یظهر له مخالف منهم، و منهم العلامه فی التحریر و السید السند فی شرح النافع و الفاضل الخراسانی فی الکفایه،و نسبه المحقق فی کتابیه إلی أشهر الروایتین،و مثله العلامه فی القواعد و الإرشاد إیذانا بالتوقف فیه.

و الشیخ قد أجاب عما نقله من أدله هذا القول بوجوه:(منها)أن الزوج الثانی لم یدخل بها،أو کان تزوج متعه،أو لم یکن بالغا،فإن فی جمیع هذه المواضع لا یحصل التحلیل کما تقدم ذکره،أو الحمل علی التقیه محتجا بأنه مذهب عمر کما دلت علیه روایه عبد الله بن عقیل،و لا یخفی بعد الجمیع.

قال السید السند فی شرح النافع بعد ذکر محامل الشیخ:و لا یخفی بعد

۱- ۱) البحار ج ۱۰۴ ص ۶۹ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۵ ب ۶ ح ۱۱.

هـذه المحامل،و المسأله محل تردد،و القول بعـدم الهـدم لا يخلو من قوه،إلا أن المشـهور خلافه،و من ثم اقتصـر المصـنف على جعل روايه الهدم أشهر مؤذنا بتوقفه فيه و هو فى محله،انتهى.

و قال جـده فى المسالك بعـد ذكر جمله من أدله هذا القول:و لا يخفى عليك قوه دليل هذا الجانب لضـعف مقابله،إلا أن عمل الأصحاب عليه،فلا سبيل إلى الخروج عنه-ثم نقل محامل الشيخ الثلاثه الأول،و قال عقيبها:-و ما أشبه هذا الحمل بأصل الحجه.

أقول:لا يخفى عليك ما فى التمسك بعمل الأصـحاب فى مقابله هذه الأخبار الصـحاح الصـراح المسـتفيضه من المجازفه،فإنه لا ريب أن المأخوذ على الفقيه فى الفتوى بالأحكام الشـرعيه إنما هو الأخذ بما أنزل الله سـبحانه مما ورد فى الكتاب العزيز و السنه المطهره.و لا سيما

الخبر المستفيض من الخاصه و العامه عنه صلى الله عليه و آله (۱)

«إنى تـارك فيكم الثقلين كتـاب الله و عترتى أهـل بيتى،لن يفترقـا حتى يردا على الحوض،لن تضـلوا ما إن تمسـكتم بهما». لا ما ذكره غير،من العلماء و إن ادعوا الإجماع عليه.

و بـذلك اعترف هو نفسه-رحمه الله عليه-فى مسأله ما لو أوصـى له بأبيه فقبل الوصـيه من كتاب الوصايا،و قـد قـدمنا كلامه فى كتاب الوصايا إلا أنه لا بأس بنقل ملخصه هنا.

قال-رحمه الله عليه-:و لا يقدح دعواه الإجماع فى فتوى العلامه بخلافه، لأن الحق أن إجماع أصـحابنا إنما يكون حجه مع تحقق دخول قول المعصومين عليهم السـلام فى جمله قولهـم-إلى أن قال:-و بهذا يظهر جواز مخالفه الفقيه المتأخر لغيره من المتقدمين فى كثير من المسائل التى ادعوا فيها الإجماع إذا قام عنده الدليل

۱- ۱) الكافى ج ۱ ص ۱۹ ح ۹،الوسائل ج ۱۸ ص ۱۵۱ ب ۱۳ ح ۷۷ و ص ۱۹ ب ۵ ح ۹،مسند أحمد بن حنبل ج ۳ ص ۱۴ و ۱۷ و ما فى المصادر اختلاف يسير.

على ما يقتضى خلافهم،و قد اتفق ذلك لهم كثيرا،لكن زله المتقدم متسامحه عند الناس دون المتأخرين،انتهى.

فانظر إلى ما بينه و بين هذا الكلام المنحل الزمام من الغفله مما حققه فى ذلك المقام،الذى هو الحقيق بالأخذ به و الالتزام،ثم إنا لو نزلنا عن القول بمقتضى قواعدهم من أنه لا يجمع بين الأخبار إلا بعد تحقق المعارض بينها، و قلنا بثبوت التعارض بين روايات القول الآخر و موثقه رفاعه،فالواجب الرجوع إلى طرق الترجيح الوارده فى مقبوله عمر بن حنظله (1)و روايه زراره و نحوهما،و من الطرق المذكوره الترجيح بالأعدل و الأفقه و الأورع.

(و منها)الترجيح بالشهره،و لا ريب فى حصول الترجيح بهاتين الطريقتين لروايات القول الآخر (2)دون روايه رفاعه،فإن روايات عدم الهدم قد رواها كثير من فقهاء أصحابهم عليهم السلام كزراره و على بن مهزيار و منصور بن حازم و جميل بن دراج و عبد الله بن على بن أبى شعبه و أخيه محمد،فتكون روايات عدم الهدم بذلك أشهر روايه و أعدل و أفقه و أورع رواه و المراد بالشهره التى هى أخذ طرق الترجيح إنما هى الشهره فى الروايه،لا العمل كما حقق فى محله،و كذا المجمع عليه، و هو حاصل لروايات عدم الهدم خاصه.

و بالجمله فالترجيح بهاتين الطريقتين مما لا إشكال فى اختصاصه بالروايات المذكوره.

(و منها)الترجيح بموافقه الكتاب،و هو أيضا مخصوص بروايه عدم الهدم

ص: ٣٣٨

١- ١) الكافى ج ١ ص ٦٧ ح ١٠،الوسائل ج ١٨ ص ٧٥ ب ٩ ح ١.

٢- ٢) و مقتضاها هو طرح روايه رفاعه بالكليه لعدم نهوضها بالمعارضه سندا و عددا، إلا أنا لو تنزلنا عن ذلك و قلنا بمعارضتها فلنا أن نقول أيضا ما عرفت فى الأصل. (منه-قدس سره-).

بالتقریب الذی قدمناه،و قد استفاضت الأخبار بالرد إلی الکتاب (۱)،و أن ما خالف کتاب الله زخرف.

(و منها)الترجیح بالاحتیاط کما تضمنته مرفوعه زراره (۲)و هو أیضا مخصوص بالروایه المذکوره.

(و منها أیضا)الأخذ بقول الأخیر من الإمامین علیهما السلام(۳).و هذه القاعده ذکرها الصدوق فی کتابه،و هو أیضا حاصل الروایات المذکوره.

و بیانه:أن صحیح علی بن مهزیار قد اشتمل علی عرض القولین المذکورین علی أبی الحسن الهادی علیه السلام فصدق روایات القول الآخر،و بقی روایات القول المشهور.

أما الترجیح بالتقیه فهو أقوی ما یمکن أن یتمسک به لترجیح خبر رفاعه.

و فیه(أولا)أنه مبنی علی ثبوت ذلک،و هو غیر معلوم،فإن المستند بکونه حکم عمر إنما هو روایه عبد الله بن عقیل،و هی غیر مستنده إلی الامام علیه السلام

۱- ۱) الکافی ج ۱ ص ۶۹،الوسائل ج ۱۸ ص ۷۵ ب ۹.

۲- ۲) مستدرک الوسائل ج ۳ ص ۱۸۵ ب ۹ ح ۲ من أبواب صفات القاضی.

بل المخبر بذلك إنما هو عبد الله المذكور،و قوله ليس بحجه شرعيه،سيما مع معارضه خبر زراره الداله على أن عليا عليه السلام كان يقول إنها على ما بقى من الطلاق،و هى صريحه فى أن مذهب على عليه السلام هو القول بعدم الهدم، و الراوى عنه ابنه الباقر عليه السلام،و لا تعارضه روايه عبد الله بن عقيل عنه عليه السلام خلافه.

(و ثانيا)أن العامه مختلفون فى المسأله أيضا على ما نقله الشيخ فى الخلاف (۱)،و القول بالهدم منقول عن أبى حنيفه و أبى يوسف و ابن عمر،و ليس حمل أخبار عدم الهدم على التقيه كما ذكره الشيخ بأولى من حمل روايه رفاعه الشاذه النادره عليه،سيما مع ما علم من كتب السير و التواريخ من شيوع مذهب أبى حنيفه فى زمانه و قوته،و هو فى عصر الصادق عليه السلام المروى عنه القول بالهدم،و حينئذ فلا يبعد حمل روايه رفاعه الداله على الهدم على التقيه.

و يؤيده أن المنقول فى كتب السير و الأخبار أن شهره هذه المذاهب الأربعه إنما كان قريبا من سنه خمس و ستين و ستمائه،و استمر الأمر إلى هذا الزمان و أما فى الأعصار السابقه فإن المعتمد فى كل زمان على من اعتنت به خلفاء الجور و قدموه للقضاء و الفتيا و إليه يرجع الحكم فى جميع البلدان،و كان المعتمد فى زمن أبى حنيفه على فتاويه،و فى زمن هارون الرشيد و هو فى عصر مولانا الكاظم عليه السلام على فتاوى أبى يوسف تلميذ أبى حنيفه،قالوا:قد استقضاه الرشيد و اعتنى به حتى لم يقلد فى بلاد العراق و الشام و مصر إلا من أشار إليه أبو يوسف،و فى زمن المأمون كان الاعتماد على يحيى بن أكثم القاضى،و فى زمن المعتصم على أحمد ابن أبى داود القاضى،و إذا كان الأمر كذلك فيجوز أن يكون المشهور فى عصر مولانا الصادق عليه السلام الذى عليه عمل العامه،و إليه ميل قضاتهم و حكامهم هو القول بالهدم بل هو الواقع،لأن اعتماد العامه فى وقت الصادق عليه السلام كان على أبى حنيفه القائل بالهدم،فالتقيه منه لشيوع مذهبه فى تلك الأيام،و إن كان نادرا فى وقت

۱- ۱) الخلاف:ج ۳ كتاب الطلاق«مسأله ۵۹».

آخر،و هذا بحمد الله ظاهر لا ستره عليه.

(و ثالثا)أنه من الممكن عدم الترجيح هنا بهذه القاعده-أعنی التقیه و عدمها-فإن طرق الترجیح التی اشتملت علیها مقبوله عمر بن حنظله مترتبه، فأولها الترجیح بالأعدل و الأفقه و الأورع،ثم بعدها الترجیح بالأشهر و المجمع علیه،ثم الترجیح بمخالفه العامه،فالترجیح بمخالفه العامه إنما وقع فی المرتبه الثالثه و هو لا یصار إلیه إلا مع تعذر الترجیح بما قبله من المراتب.

و قد عرفت أن الترجیح بالمرتبتین الأولتین حاصل لروایات عدم الهدم، و حینئذ فلا یصار إلی الترجیح بالتقیه.فإن قلت:إن جمله من الأخبار قد دلت علی الترجیح بمخالفه العامه مطلقا،قلنا:یجب تقیید ما أطلق بما دلت علیه هذه الأخبار الناصه علی الترتیب بین هذه المراتب.

و کیف کان فقد ظهر لک مما حققناه فی المقام بما لم یسبق إلیه سابق من علمائنا الأعلام قوه القول بأخبار عدم الهدم،و أنه هو الذی لا یحوم حوله نقض و لا إبرام.

مسائل

الاولی [فی حصول التحلیل بالذمی کالمسلم]

الظاهر أنه لا خلاف بین الأصحاب فی حصول التحلیل بالذمی کالمسلم إذ لم یذکر أحد منهم أن الإسلام شرط فی المحلل،و لا طلاق الآیه،و هی قوله تعالی «حَتّٰی تَنْکِحَ زَوْجاً غَیْرَهُ» فلو طلق الذمیه ثلاثا فتزوجت بعده ذمیا ثم بانت منه و أسلمت أو جوزنا نکاح الکتابیه ابتداء جاز للأول نکاحها،و یتصور طلاق المسلم للذمیه ثلاثا علی تقدیر أن رجوعه فی طلاقها فی العده لیس ابتداء نکاح فلا یمنع منه،أو علی القول بجواز نکاحها ابتداء،أو علی تقدیر طلاقها مرتین فی حال کفرهما،و وقوع الثالثه بعد إسلام الزوج دونها،فإذا تزوجت ذمیا أفاد التحلیل لزوجها المسلم إذا أسلمت أو قلنا بجواز نکاحها ابتداء للمسلم.

و قالوا:و کذا لو کان الزوج کافرا أو ترافعوا إلینا حکمنا بحلها له سواء

کان ذمیا أم لا،و کذا لو أسلم الزوج و قد حللها کافر مثلها،لأن أنکحه الکفار مقره علی حالها کما تقدم فی بابه.

الثانیه [فی أن الاعتبار بالتحریم الموجب للمحلل إنما هو بالنسبه إلی المرأه]

لا خلاف بین أصحابنا فی أن الاعتبار بالتحریم الموجب للمحلل و کون التحریم یحصل بثلاث أو اثنین إنما هو بالنسبه إلی المرأه دون الزوج، بمعنی أنه لو کان تحته امرأه حره و استحکمت ثلاث طلقات فإنها لا تحل له إلا بمحلل سواء کان الزوج حرا أو مملوکا،و لو کان تحته أمه و استکملت اثنین حرمت حتی تنکح زوجا غیره سواء کان زوجها حرا أو مملوکا،و خالفنا العامه فی ذلک،فجعلوا الاعتبار بحال الزوج،فإذا کان حرا اعتبر فی التحریم الثلاث سواء کان تحته أمه أو حره،و إن کان الزوج عبدا اعتبر طلقتان و إن کان تحته حره،و مظهر الخلاف فی الحر تحته الأمه،و بالعکس،و إلا فلا خلاف فیما إذا کان حرا تحته حره،أو مملوکا تحته مملوکه للاتفاق علی الثلاث فی الاولی و الاثنتین فی الثانیه.

و تدل علی ما ذهب إلیه الأصحاب الأخبار المتکاثره،و منها ما رواه

فی الکافی (۱)فی الصحیح عن عیص بن القاسم قال:

«إن ابن شبرمه قال:الطلاق للرجل فقال أبو عبد الله علیه السلام:الطلاق للنساء،و بیان ذلک:أن العبد تکون تحته الحره فیکون تطلیقها ثلاثا،و یکون الحر تحته الأمه،فیکون طلاقها تطلیقتین».

و عن زراره (۲)عن أبی جعفر علیه السلام فی الصحیح قال:

«سألته عن حر تحته أمه أو عبد تحته حره،کم طلاقهما و کم عدتهما؟فقال:السنه فی النساء فی الطلاق فإن کانت حره فطلاقها ثلاثا،و عدتها ثلاثه قروء،و إن کان حرا تحته أمه فطلاقها تطلیقتان و عدتها قرءان».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۶۷ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹۱ ب ۲۴ ح ۱ و فیهما«و تبیان ذلک».

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۶۷ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۹ ب ۴۰ ح ۱ و فیهما اختلاف یسیر.

و عن عبد الله بن سنان (۱)فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«طلاق المملوک للحره ثلاث تطلیقات،و طلاق الحر للأمه تطلیقتان».

و ما رواه

فی الفقیه (۲)عن حماد بن عیسی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت له:

إذا کانت الحره تحت العبد کم یطلقها؟فقال:قال علی علیه السلام:الطلاق و العده بالنساء».

إلی غیر ذلک من الأخبار.

الثالثه [فی ما لو کانت تحته أمه فطلقها تطلیقتین ثم إنه اشتراها]

قد عرفت أن الأمه تحرم بتطلیقتین،و لا تحل لزوجها الأول إلا بمحلل مستجمع للشرائط المتقدمه،و هنا مواضع ثلاثه،ربما کانت مظنه للشبهه، إلا أنها قد انکشفت عنها بالأخبار الداله علی اندراجها فی القاعده المذکوره.

الأول:ما لو کانت تحته أمه فطلقها تطلیقتین ثم إنه اشتراها،فمقتضی القاعده المتقدمه عدم جواز نکاحه لها حتی تزوج زوجا آخر متصفا بصفات التحلیل.

و علی ذلک یدل ما رواه

الشیخ (۳)عن برید بن معاویه العجلی فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الأمه یطلقها تطلیقتین،ثم یشتریها.قال:لا،حتی تنکح زوجا غیره».

و ما رواه

فی الکافی (۴)عن الحلبی فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن رجل حر کانت تحته أمه فطلقها طلاقا بائنا ثم اشتراها،هل یحل له أن یطأها؟قال:لا».

و عن برید العجلی (۵)عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه قال فی رجل تحته أمه

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۶۷ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹۴ ب ۲۵ ح ۷.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۳۵۱ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹۳ ب ۲۵ ح ۱.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۸۴ ح ۲۰۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹۵ ب ۲۶ ح ۳.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۷۳ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۸۴ ح ۲۰۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹۵ ب ۲۶ ح ۵.

۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۱۷۳ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۸۵ ح ۲۰۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹۶ ب ۲۶ ح ۶.

فطلقها تطليقتين ثم اشتراها،قال:لا يصلح له أن ينكحها حتى تزوج زوجا غيره، و حتى تدخل فی مثل ما خرجت منه».

و عن سماعه (۱)فی الموثق قال:

«سألته عن رجل تزوج امرأه مملوكه ثم طلقها ثم اشتراها بعده،هل تحل له؟قال:لا،حتی تنکح زوجا غیره».

أقول:المراد طلاقا بائنا بالمرتین لأنه هو الذی یترتب علیه التحریم.

و أما ما رواه

الشیخ (۲)عن أبی بصیر قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:رجل کانت تحته أمه فطلقها طلاقا بائنا ثم اشتراها بعد،قال:یحل له فرجها من أجل شراها،و الحر و العبد فی هذه المنزله سواء».

و قال الکلینی بعد ذکر حدیث الحلبی (۳)المتقدم:

قال ابن أبی عمیر:و فی حدیث آخر

«حل له فرجها من أجل شرائها،و الحر و العبد فی ذلک سواء».

و یظهر من ابن الجنید القول بمضمون هذا الخبر علی ما نقله فی المسالک، فقد أجاب الشیخ عنه فی کتابی الأخبار بحمل البینونه علی الخروج من العده لا البینونه بطلقتین و قید إباحه الفرج بالشراء بما إذا تزوجت زوجا آخر و اعترض علیه ببعد هذه التأویلات.و مال فی الوافی (۴)إلی حمل الأخبار الأخیره علی الرخصه و إن کان علی کراهیه.

و الأقرب حمل الخبر المجوز علی التقیه کما یشیر إلیه ما رواه

الشیخ (۵)فی الصحیح عن عبد الله بن سنان قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل کانت تحته أمه فطلقها

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۷۳ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۸۵ ح ۲۰۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹۶ ب ۲۶ ح ۷.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۸۵ ح ۲۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹۵ ب ۲۶ ح ۴ و فیهما«شرائها».
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۷۳ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹۶ ب ۲۶ ح ۸.
۴- ۴) الوافی ج ۳ ص ۱۶۴.

۵- ۵) التهذيب ج ۸ ص ۸۳ ح ۲۰۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹۵ ب ۲۶ ح ۱ و فيهما اختلاف يسير.

علی السنه فبانت منه ثم اشتراها بعد ذلک قبل أن تنکح زوجا غیره،قال:أ لیس قد قضی علی علیه السلام فی هذا؟أحلتها آیه و حرمتها آیه،و أنا أنهی عنها نفسی و ولدی».

و رواه الکلینی (۱)عن عبد الله بن سنان نحوه،و النهی الذی نسبه إلی نفسه و ولده حقیقه فی التحریم.

و أما ما زعمه فی الوافی من حمل الخبر المذکور علی ما قدمنا نقله عنه من الجواز علی کراهه فإنه فی غایه البعد،فإن مقتضی القاعده کما عرفت هو التحریم مع تأیدها بالأخبار المتقدمه.

و مما یدلک علی أن المراد بهذه العباره إنما هو التحریم ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۲)عن معمر بن یحیی بن بسام قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عما یروی الناس عن أمیر المؤمنین علیه السلام عن أشیاء من الفروج لم یکن یأمر بها و لا ینهی عنها إلا نفسه و ولده،فقلنا:کیف ذلک؟قال:أحلتها آیه و حرمتها آیه أخری.قلنا:

هل تکون إحداهما نسخت الأخری؟أم هما محکمتان ینبغی أن یعمل بهما؟قال:

قد بین لهم إذ نهی نفسه و ولده،فقلنا:ما منعه أن یبین للناس؟قال:خشی أن لا یطاع:فلو أن أمیر المؤمنین علیه السلام ثبت قدماه أقام کتاب الله کله،و الحق کله».

و روی ذلک علی بن جعفر فی کتابه(۳)نحوه.

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۷۳ ح ۱ و فیه اختلاف یسیر.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۶۳ ح ۶۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۰۱ ب ۸ ح ۸.

الثانی:ما لو طلقت الأمه تطلیقتین ثم وطأها المالک فإنها لا تحل لزوجها إلا بالتزویج ثانیا بشروط التحلیل،و بذلک صرح الأصحاب أیضا.

و تدل علی ذلک روایه الفضیل (۱)المتقدمه فی الشرط الخامس من شروط التحلیل.

و نحوها

روایه عبد الملک بن أعین (۲)قال:

«سألته عن رجل زوج جاریته رجلا فمکثت معه ما شاء الله،ثم طلقها فرجعت إلی مولاها فوطأها،أ تحل لزوجها إذ أراد أن یراجعها؟فقال:لا،حتی تنکح زوجا غیره».

و نحوه ما رواه أحمد بن محمد بن عیسی (۳)فی نوادره عن الحلبی فی الصحیح، و إطلاق الطلاق محمول علی المرتین،لأنه هو الموجب للمحلل کما صرحت به روایه الفضیل المذکوره.

الثالث:ما لو أعتقت الأمه بعد الطلاق مرتین أو أعتق زوجها أو هما معا، فإن العتق لا یهدم الطلاق،و کذا لو عتقت بعد تطلیقه واحده،فإنها تکون عنده علی تطلیقه أخری.

و یدل علیه ما رواه

الشیخ (۴)عن رفاعه فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن العبد و الأمه یطلقها تطلیقتین ثم یعتقان جمیعا،هل یراجعها؟قال:لا،حتی تنکح زوجا غیره فتبین منه».

و عن محمد بن مسلم (۵)فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«المملوک إذا کانت تحته مملوکه فطلقها ثم أعتقها صاحبها کانت عنده علی واحده».

و عن الحلبی (۶)فی الصحیح قال:

«قال أبو عبد الله علیه السلام فی العبد تکون تحته

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۸۷ ح ۲۱۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹۷ ب ۲۷ ح ۲.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۸۴ ح ۲۰۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹۶ ب ۲۷ ح ۱.

٣- ٣) الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٧ ب ٢٧ ح ٣.
٤- ٤) التهذيب ج ٨ ص ٨٧ ح ٢١٦،الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٧ ب ٢٨ ح ١.
٥- ٥) التهذيب ج ٨ ص ٨٦ ح ٢١١،الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٨ ب ٢٨ ح ٢.
٦- ٦) التهذيب ج ٨ ص ٨٦ ح ٢١٢،الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٨ ب ٢٨ ح ٣.

الأمه فیطلقها تطلیقه ثم أعتقا جمیعا،کانت عنده علی تطلیقه واحده».

و رواه الصدوق (۱)بإسناده عن حماد عن الحلبی نحوه.

و عن هشام بن سالم (۲)فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«ذکر أن العبد إذا کان تحته الأمه فطلقها تطلیقه فأعتقا جمیعا کانت عنده علی تطلیقه واحده».

و ما ذکرنا من الحکم المذکور هو المشهور.و نقل عن ابن الجنید أنه ذهب إلی أن الأمه إذا أعتقت قبل وقوع الطلاق الثانی بها انتقل حکم طلاقها إلی حال الحرائر،فلا تحرم إلا بالثالثه.

و أیده فی المسالک بما وقع لهم فی نظیر هذه المسأله فیما ذکروه فی نکاح المشرکات إذا أسلم العبد و عنده أربع و أعتق،و کذا فی باب القسم بین الزوجات إذا أعتقت الأمه فی أثناء القسم،و ملخص ذلک أنه متی کان العتق قبل استیفاء حق العبودیه فإنه یلحق بالأحرار فی الحکم،و المسائل الثلاث مشترکه فی ذلک، فیتجه ما ذکره ابن الجنید بناء علی ذلک.

إلا أن فیه(أولا)أن ما ذکرناه من الأخبار المتکاثره فی هذه المسأله صریحه فی رد هذا القول و دفعه.

(و ثانیا)أن ما ذکروه فی المسألتین المذکورتین لیس إلا مجرد تخریجات قد بنوا اختلافهم علیها فی ذینک الموضعین،و لهذا إنا لم نتعرض لذکر هاتین المسألتین فیما سلف لعدم النص مع کثره الاختلاف و التخریجات المتدافعه.و بالجمله فالمعتمد هنا هو القول المشهور،و هو المؤید بالأخبار و المنصور.

الرابعه [فی وقوع التحلیل من الخصی]

المعروف من کلام الأصحاب وقوع التحلیل من الخصی إذا وطأ بالشرائط المتقدمه.لأن التحلیل معتبر فیه ما یعتبر فی الجماع الموجب للغسل من إیلاج الحشفه أو قدرها من مقطوعها،و الخصاء غیر مانع من ذلک،فإن غایه ما یترتب علیه هو عدم

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۳۵۲ ح ۱۳.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۸۶ ح ۲۱۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹۸ ب ۲۸ ح ۴ و فیهما اختلاف یسیر.

الانزال خاصه،حتى أن الشيخ أنكر كونه عيبا محتجا بأن الخصى يولج و يبالغ أكثر من الفحل و إنما لا ينزل،و عدم الانزال ليس بعيب،و قد تقدم الكلام معه فى ذلك.

و بالجمله فالظاهر أنه لا خلاف و لا إشكال فى الحكم المذكور،إلا أنه قد

روى الشيخ (1)فى الصحيح عن صفوان عن محمد بن مضارب و هو مجهول فى الرجال إلا أنه يفهم من بعض الأخبار(۲)ما يؤذن بمدحه قال:

«سألت الرضا عليه السلام عن الخصى يحلل؟قال:لا يحلل». و ردها المتأخرون بضعف الراوى،و يمكن حملها على خصى لا يحصل منه الجماع على الوجه المعتبر،و إلى العمل بالخبر المذكور مال فى المسائل فقال:باب أن الخصى لا يحلل المطلقه ثلاثا،ثم أورد الخبر المذكور، و أردفه بخبر آخر رواه الشيخ أيضا عن صفوان عن محمد بن مضارب مثله إلا أن فيه«يحل و لا يحل»و لا يخفى ما فيه من الاشكال كما عرفت.

الخامسه:إذا ارتد المحلل بعد التزويج بها

،فإن كان بعد وطئها فى القبل فلا إشكال فى حصول التحليل حينئذ،و إن كان قبله لم يحصل التحليل بالوطء فى العده،لأنه بارتداده قد انفسخ العقد،و إن بقى أثره بعوده إليها لو راجع فى العده بالعقد السابق،و يتصور ثبوت العده مع عدم الدخول قبلا،بأن يكون قد وطأها فى الدبر فإنه لا يكفى فى التحليل كما تقدم،و يوجب العده عند الأصحاب،و كذا لو خلا بها عند جمع منهم،فإنها لا توجب التحليل و توجب العده.

و ألحق ابن الجنيد بالخلوه التذاذه بما ينزل به الماء.

أما لو لم يحصل منه ما يوجب العده من هذه الأمور المذكوره قبل الارتداد فإنها تبين منه،و يصير فى حكم الأجنبى لا أثر لوطئه بالكليه لانفساخ العقد بالرده

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۳۴ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶۹ ب ۱۰ ح ۱ و ۲.

و ثبوت البينونه بـذلك.و على هـذا فهنـا أقسام ثلاثه،ثالثها الوطء فى العـده زمان الرده،و فائـدته جواز الرجوع إليها فى العـده لو رجع إلى الإسـلام،و جمله منهم لم يـذكروا إلا القسـمين الآخرين،و هو أنه إن كانت الرده قبل الوطء انفسخ النكاح و صار وطء أجنبى لا يحلل قطعا و إن كان بعده حلت بالأول،و أنت قد عرفت ثبوت قسم ثالث،و يجرى ما ذكر من الحكم فى الزوجه أيضـا لو كانت هى المرتده فوطأها فى زمان ردتها ثم رجعت إلى الإسلام.

السادسه [فى قبول قول المرأه فى موت الزوج و عدمه]

المفهوم من كلام الأصـحاب من غير خلاف يعرف قبول قول المرأه فى موت الزوج و عـدمه،و طلاقه لها و الخروج من العـده.و عليه تـدل ظواهر جمله من الأخبـار،و يؤيـده أن من القواعـد المقرره عنـدهم قبول قول من لا ـ منازع له و به تضافرت الأخبار فى جزئيات الأحكام كما بسطنا الكلام عليه فى كتاب الزكاه (1)و ما نحن فيه من جمله أفرادها.

و من أخبار القاعده المذكوره ما رواه

فى الكافى و التهذيب (2)عن منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت:عشـره كانوا جلوسا و فى وسـطهم كيس فيه ألف درهم فسأل بعضـهم بعضا:أ لكم هذا الكيس؟فقالوا كلهم:لا،و قال واحد منهم:

هو لى،فلمن هو؟قال:هو الذى ادعاه».

و يؤيـده أيضا أن الأخبار الوارده بإثبات الـدعاوى بالبينات و الأيمان لا عموم فيها على وجه يشـمل ما نحن فيه،و إنما موردها ما إذا كان النزاع بين خصمين مدع و منكر.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لو ادعت المرأه المطلقه ثلاثا أنها تزوجت و حلت

۱- ۱) الحدائق ج ۱۲ ص ۱۶۵.

۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۴۲۲ ح ۵،التهذيب ج ۶ ص ۲۹۲ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۸ ص ۲۰۰ ب ۱۷ ح ۱ و ما فى المصادر اختلاف يسير.

نفسها لزوجها الأول،فالمشهور قبول قولها،و ظاهر المحقق فی الشرائع و النافع (۱)التوقف فی ذلک،و إلیه یمیل کلام الفاضل الخراسانی فی کتاب الکفایه،و أنت خبیر بأن مقتضی القواعد المشار إلیها هو قبول قولها.

و من الأخبار الداله علی ذلک أیضا ما

فی روایه میسر (۲)و هی صحیحه إلیه قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:ألقی المرأه فی الفلاه التی لیس فیها أحد فأقول لها:

أ لک زوج؟فتقول:لا،فأتزوجها؟قال:نعم،هی المصدقه علی نفسها».

و فی روایه أبان بن تغلب (۳)قال:

«قلت لأبی عبد الله ع:إنی أکون فی بعض الطرقات فأری المرأه الحسناء،و لا آمن أن تکون ذات بعل أو من العواهر قال:لیس هذا علیک،إنما علیک أن تصدقها فی نفسها».

و التقریب فیهما-و إن کان موردهما نفی الزوج-هو حکمه علیه السلام بأنها المصدقه علی نفسها الشامل لما نحن فیه،فإن مقتضاه أن کل ما أخبرت به عن نفسها مما لا یعرف إلا من جهتها فإنها مصدقه فیه.

و بذلک یظهر لک ما فی قول صاحب الکفایه-بعد إشارته للخبرین المذکورین-و للتأمل فی عموم الروایتین بحیث یشمل محل البحث مجال.فإن ثبوت التعمیم بالتقریب الذی ذکرناه مما لا مجال لإنکاره،نعم یتم ما ذکره بالنظر إلی مورد الخبرین إلا أن الاعتبار إنما هو بجوابه علیه السلام الذی هو کالضابطه الکلیه فی أنها مصدقه علی نفسها فی کل ما لا یعلم إلا من جهتها.

قال فی المسالک فی تعلیل القول المشهور:و لأنها مؤتمنه فی انقضاء العده

۱- ۱) حیث قال فی الشرائع:و لو انقضت مده فادعت أنها تزوجت و فارقها و قضت العده فی تلک المده قیل:یقبل،لأن فی جمله ذلک ما لا یعلم الا منها،و فی روایه إذا کانت ثقه صدقت.و قال فی النافع:و لو ادعت أنها تزوجت و دخل و طلق فالمروی القبول إذا کانت ثقه.و العبارتان کما تری ظاهرتان فی ما ذکرناه.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۶۲ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۶ ب ۱۰ ح ۱.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۶۲ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۶ ب ۱۰ ح ۱.

و الوطء مما لا يمكن إقامه البينه عليه،و ربما مات الزوج أو تعذر مصادقته لغيبه و نحوها،فلو لم يقبل منها ذلك لزم الإضرار بها و الحرج المنفيين.

أقول:و يؤيده أيضا مع دخوله فی ضابطه الخبرین المذکورین ما

فی روایه أحمد بن محمد بن أبی نصر (1)و غیره قال:

«قلت للرضا علیه السلام:الرجل یتزوج المرأه فیقع فی قلبه أن لها زوجا،فقال:ما علیه،أ رأیت لو سألها البینه کان یجد من یشهد أن لیس لها زوج». و هی ظاهره فیما ذکره شیخنا المذکور.

و تدل علی أصل المدعی

صحیحه حماد (2)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل طلق امرأه ثلاثا فبانت منه فأراد مراجعتها،فقال لها:إنی أرید مراجعتک،فتزوجی زوجا غیری،فقالت:قد تزوجت زوجا غیرک و حللت لک نفسی،أتصدق و یراجعها؟و کیف یصنع؟قال:إذا کانت المرأه ثقه صدقت فی قولها».

قال فی المسالک:و کما یقبل قولها فی حق المطلق یقبل فی حق غیره، فکذا الحکم فی کل امرأه کانت مزوجه و أخبرت بموته و فراقه و انقضاء العده فی وقت محتمل و لا فرق بین تعیین الزوج و عدمه،و لا بین إمکان استعلامه و عدمه.

انتهی،و قد عرفت وجه صحته مما تقدم.

و مما یؤکد الاعتماد علی قولها ما دل علی کراهه السؤال و لو مع التهمه مثل ما رواه

فی التهذیب (3)عن فضیل مولی محمد بن راشد عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت:

إنی تزوجت امرأه متعه فوقع فی نفسی أن لها زوجا،ففتشت عن ذلک فوجدت لها زوجا،قال:و لم فتشت؟».

و عن مهران بن محمد (4)عن بعض أصحابنا عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قیل له:

1- 1) التهذیب ج 7 ص 253 ح 19،الوسائل ج 14 ص 457 ب 10 ح 5 و فیهما اختلاف یسیر.

2- 2) التهذیب ج 8 ص 34 ح 24،الوسائل ج 15 ص 370 ب 11 ح 1 و فیهما اختلاف یسیر.

۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۲۵۳ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۷ ب ۱۰ ح ۳ و فيهما اختلاف يسير.

۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۲۵۳ ح ۱۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۷ ب ۱۰ ح ۴ و فيهما اختلاف يسير.

إن فلانا تزوج امرأه متعه فقيل:إن لها زوجا فسألها،فقال أبو عبد الله علیه السلام:

لم سألها؟».

و ما رواه

فی الفقیه (۱)عن یونس بن عبد الرحمن عن الرضا علیه السلام فی حدیث قال:

«قلت له:المرأه تزوجت متعه فینقضی شرطها و یتزوجها رجل و آخر قبل تنقضی عدتها،قال:و ما علیک إنما إثم ذلک علیها». أقول:المراد أنها تزوجها الآخر جاهلا مع علمها هی بذلک.

بقی الکلام فیما دلت علیه صحیحه حماد من اشتراط کون المرأه ثقه فی قبول قوله،مع أن ظاهر الأخبار و کلام الأصحاب خلافه،و حمله جمله من المتأخرین منهم شیخنا فی المسالک علی أن المراد بالثقه من تسکن النفس إلی خبرها،و إن لم تکن متصله بالعداله المشترطه فی قبول الشاذه،و هو جید.

و کیف کان فهو لا یخلو من منافره لما دلت علیه الأخبار الأخیره من کراهه الفحص و إن کان مع التهمه،و یمکن الجمع بین الأخبار المذکوره بحمل صحیحه حماد علی ما هو الأفضل فی مقام التهمه من الفحص.و الظاهر أن ما دل علیه الخبر من إخبارها بالتحلیل عقیب أمره لها بذلک المشعر برغبتها فی الرجوع إلی الزوج کان محل التهمه،فأمر بالتثبت و العمل بقولها بالشرط المذکور،و حمل الأخبار الأخیره علی الجواز شرعا،أو العمل بسعه الشریعه و أنه غیر مکلف شرعا بالفحص و لا یجب علیه ذلک.

فروع

الأول [لو عینت المحلل فکذبها فی أصل النکاح]

قال فی المسالک:لو عینت الزوج یعنی المحلل فکذبها فی أصل النکاح احتمل تصدیقها فی التحلیل-و إن لم یثبت علیه موجب الزوجیه لوجود المقتضی لقبول قولها مع تکذیبه،و هو إمکان صدقها مع تعذر إقامه البینه علی جمیع ما

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۲۹۴ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۶ ب ۱۰ ح ۲ و فیهما اختلاف یسیر.

تدعیه،و مجرد إنکاره لا یمنع صدقها فی نفس الأمر-و عدمه نظرا إلی تقدیم قوله لأنه منکر و استصحابا للأصل،و لإمکان إقامه البینه علی أصل التزویج.

و فیه أنه لا منافاه بین الأمرین،لأنا لا نقبل قولها إلا فی حقها خاصه،و الأصل لو عارض لقدح فی أصل دعواها مطلقا،انتهی.

أقول:الظاهر من الأخبار المتقدمه هو الثانی،لأن قبول قولها إنما هو فی موضع لا یمکن الاطلاع علیه إلا من جهتها،فإن دعواها لا معارض له، و المعارض هنا موجود،و الاطلاع علی الحال ممکن من غیرها و هو الزوج،فإنه بإنکاره تزویجها بالکلیه قد حصلت المعارضه لدعواها التحلیل،و الاطلاع علی کذب الدعوی المذکوره بالنظر إلی إنکار التزویج،و قوله«إن المقتضی لقبول قولها إمکان صدقها»لیس فی محله،بل المقتضی لذلک إنما انحصار الاطلاع علی ذلک الأمر المدعی فیها،فلا یعلم إلا من جهتها سیما مع تعذر اطلاع الغیر علیه بالکلیه، و لهذا نسب تکلیفها بالیمین أو البینه إلی الحرج و العسر.و دعواها التحلیل هنا لما عارضها إنکار الزوج المحلل النکاح من أصله خرجت المسأله عما نحن فیه و رجعت إلی سائر الدعاوی المتضمنه لمدع و منکر،و وجب فیها ما یجب ثمه،و بعد ثبوت أحد الأمرین یترتب علیه الحکم المناسب للمقام من تحلیل و عدمه،و هکذا ینبغی أن یحقق المقام.

الثانی:إذا اتفق المحلل و المرأه علی الإصابه بعد الدخول

فلا إشکال فی حصول التحلیل للزوج الأول و لو کذبها فی ذلک،قال الشیخ فی المبسوط:إنه یعمل الزوج الأول علی ما یغلب علی ظنه فی صدقها و صدق المحلل،لأن الغرض تعذر البینه و الظن مناط الأحکام الشرعیه غالبا فیرجع إلیه.

و قال المحقق بعد نقل قول الشیخ المذکور:و لو قیل:یعمل بقولها علی کل حال کان حسنا،لتعذر إقامه البینه بما تدعیه.

قال فی المسالک:و الأقوی ما اختاره المصنف لما ذکره من تعذر إقامه البینه،

مع أنها تصدق فی شرطه و هو انقضاء العده،فکذا فی سببه،و لأنه لولاه لزم الحرج و الضرر کما أشرنا إلیه سابقا،و إنما یقبل قولها فیما یتعلق بها من حل النکاح.

و نحوه لا فی حقه،و لا یلزمه إلا نصف المهر،حتی لو أنکر أصل العقد لم یلزمه المهر و إن قبل قولها فی التزویج،انتهی.

أقول-و بالله الثقه لبلوغ کل مأمول-:إن الظاهر أن الکلام فی هذه المسأله کما فی سابقتها،فإن المسأله-بحصول المعارض و المنازع فی صحه ما تدعیه من الوطء الذی یترتب علیه التحلیل-قد خرجت عن مدلول الأخبار المتقدمه و رجعت إلی مسائل المدعی و المنکر،فیجب علی المدعی إقامه البینه،و مع تعذرها فالیمین علی المنکر،و الواجب علی الزوج الیمین فی عدم الإصابه أو الرد، و کیف کان فإن ثبت ذلک ترتب علیه التحلیل،و إلا فلا تحلیل.

و بالجمله فإن مناط قبول قولها الذی دلت علیه الأخبار لیس مجرد تعذر البینه علیها خاصه،و إلا لاتسع المجال بالنسبه إلی غیرها من أفراد المدعین کما لا یخفی،بل هو ادعاؤها دعوی لا راد لها و لا مقابل فیها و أنه لا یعلم صحتها إلا من جهتها.

و نظیر ما ذکروه ما لو ادعت المرأه أن لا زوج لها و ادعی آخر أنها زوجته، فإن الظاهر أنه لا قائل بجواز تزویجها فی هذه الحال بناء علی أنها مصدقه فی دعوی عدم الزوج،و الحال أن مدعی زوجیتها موجود،و إنما قبول قولها مع عدم ذلک کما هو ظاهر من الأخبار المتقدمه.

الثالث [فی تحقق التحلیل بالوطء المحرم شرعا و عدم تحققه]

لو وطأها المحلل وطئا محرما شرعا کالوطء فی الإحرام منه أو منها أو منهما و الوطء فی الحیض و فی الصوم الواجب و نحو ذلک فهل یحصل به التحلیل أم لا؟قولان:

(أحدهما)العدم،ذهب إلیه الشیخ و ابن الجنید،و استدل الشیخ بأن التحریم

معلوم،و لا دليل على أن هذا الوطء محلل،

و لقول النبى صلى الله عليه و آله (۱)

«حتى يذوق عسيلتها». يدل عليه،لأنه إنما أراد بذلك ذوقا مباحا،لأن النبى صلى الله عليه و آله لا يبيح المحرم،و أيضا فإنه محرم عليه هذا الوطء و منهى عنه،و النهى يدل على فساد المنهى عنه،و لأن الإباحه تعلقت بشرطين بالنكاح و الوطء،ثم إن النكاح إذا كان محرما لا يحل للأول،و كذلك الوطء.

(و ثانيهما)ثبوت التحليل بذلك.اختاره العلامه فى المختلف و غيره و شيخنا فى المسالك،و الظاهر أنه المشهور بين المتأخرين.

قال فى المختلف (۲):لنا قوله تعالى «حَتّٰى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ» (۳)جعل غايه التحريم نكاح الغير،و قد حصل،و مطلق النكاح أعم من النكاح فى وقت يباح فيه أو يحرم،و الحكم معلق على المطلق،و لأنه وطء فى نكاح صحيح قبلا،فوجب بأن يحصل به الإحلال كما لو وطأها و قد ضاق،عليه وقت الصلاه،و يمنع علم التحريم بعد النكاح الثانى،و إراده المباح هو المتنازع،و تعليق الرجعه على مطلق النكاح الشامل للمحرم لا يقتضى إباحه المحرم،و النهى إنما يدل على الفساد فى العبادات، و الفرق بين تحريم النكاح و تحريم الوطء ظاهر للإجماع على اشتراط النكاح الصحيح بخلاف المتنازع،انتهى.

و الحق أن المسأله لخلوها من النص غير خاليه من شوب الإشكال،إلا أنه يمكن أن يقال:إن الظاهر بالنظر إلى إطلاق الأخبار المتقدمه فى شروط التحليل هو القول الثانى،إذ غايه ما يستفاد منها هو التزويج دواما و الدخول بها،و أما أن ذلك الوطء يشترط فيه أن يكون مباحا-كأن لا يكون زمن الحيض و لا النفاس و لا الإحرام مثلا-فلا،و ورودها فى مقام البيان عاريه عن اشتراط ذلك ظاهر فى

ص: ۳۵۵

۱- ۱) بحار الأنوار ج ۱۰۴ ص ۱۴۱ ح ۲۰ مع اختلاف فى اللفظ.

۲- ۲) مختلف الشيعه ج ۲ ص ۵۹۳ و فيه اختلاف يسير.

۳- ۳) سوره البقره-آيه ۲۲۹.

عدم الشرط المذکور،و الشروط الخمسه المتقدمه حاصله فی صوره هذا الوطء المنهی عنه،فیحصل به التحلیل حینئذ.

و بالجمله فإن إطلاق الأخبار المذکوره شامل لهذا الوطء فیحصل به التحلیل،و تقییدها یحتاج إلی دلیل و لیس فلیس.

الفصل الثانی فی الرجعه:

اشاره

و الأصل فیها الکتاب و السنه و الإجماع.أما الکتاب فقوله تعالی «وَ بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِی ذٰلِکَ إِنْ أَرٰادُوا إِصْلاٰحاً» (۱)أی بردهن إلی النکاح،و الرجعه فیهن فی زمان العده و التربص إن أرادوا بالرجعه إصلاحا لما بینهن،و لم یریدوا المضاره لهن.

و قوله تعالی «فَإِمْسٰاکٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِیحٌ بِإِحْسٰانٍ» (۲)و الإمساک بالمعروف الرجعه و حسن المعاشره،و التسریح بإحسان التطلیقه الثالثه بعد المراجعه کما فی الحدیث النبوی،أو أن لا یراجعها حتی تخرج من العده و تبین منه.

و قوله سبحانه «وَ إِذٰا طَلَّقْتُمُ النِّسٰاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ» (۳)أی قاربن بلوغ الأجل «فَأَمْسِکُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» أی راجعوهن بقصد المعاشره بالمعروف و القیام بواجبهن من غیر طلب ضرار بالمراجعه، أَوْ«سَرِّحُوهُنَّ» أی خلوهن حتی تنقضی عدتهن فیکن أملک بأنفسهن «وَ لاٰ تُمْسِکُوهُنَّ ضِرٰاراً» أی لا تراجعوهن بقصد الإضرار بهن من غیر رغبه فیهن.

و روی فی الفقیه (۴)قال:

«سئل الصادق علیه السلام عن هذه الآیه فقال:الرجل یطلق حتی إذا کادت أن یخلو أجلها راجعها ثم طلقها یفعل ذلک ثلاث مرات،فنهی الله عز و جل عن ذلک».

و أما الأخبار فهی مستفیضه،و ستأتی جمله منها فی أثناء المباحث الآتیه

۱- ۱) سوره البقره-آیه ۲۲۸.

۲- ۲) سوره البقره-آیه ۲۲۹.

۳- ۳) سوره البقره-آیه ۲۳۱.

۴- ۴) الفقیه ج ۳ ص ۳۲۳ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۲ ب ۳۴ ح ۲ و فیهما اختلاف یسیر.

إن شاء الله تعالى.

و أما الإجماع فقد نقله غير واحد،و كيف كان فتفصيل الكلام فى هذا الفصل و تحقيق ما اشتمل عليه يقع فى مواضع:

الأول [فى أن الرجعه تقع بالقول و الفعل]

لا خلاف فى أن الرجعه تقع بالقول و الفعل،و الأول إجماعى من الخاصه و العامه،و الثانى إجماعى عندنا،و وافقنا عليه بعض العامه،و القول إما صريح فى معنى الرجعه كقوله راجعتك و ارتجعتك،و أصرح منه إضافه قوله إلى نكاحى.

قال شيخنا الشهيد الثانى فى الروضه-بعد أن ذكر هذه الألفاظ الثلاثه و أنها صريحه فى الرجعه-ما لفظه:و فى معناه رددتك و أمسكتك لورودهما فى القرآن، قال الله تعالى «وَ بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذٰلِكَ» . «فَإِمْسٰاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسٰانٍ» (۱)و لا يفتقر إلى نيه الرجعه لصراحه الألفاظ،و قيل:يفتقر إليها فى الأخيرين لاحتمالهما غيرهما (۲)كالإمساك باليد أو فى البيت و نحوه،و هو حسن.

قال سبطه السيد السند فى شرح النافع بعد نقل ذلك عنه:أقول قد بينا فيما سبق أنه لا بد من القصد إلى مدلول اللفظ الصريح و قصد المعنى المطلوب فى غيره،و إنما يفترقان فى أن التلفظ بالصريح يحكم عليه بقصد مدلوله من غير احتياج إلى إخباره بذلك،و التلفظ بغيره لا يحكم عليه بقصد المعنى المطلوب منه إلا مع اعترافه بذلك أو وجود القرينه الداله عليه،فقوله إنه لا يفتقر مع الإتيان براجعتك إلى نيه الرجعه لا يخلو من تسامح.انتهى،و هو جيد،لأن الإتيان بالألفاظ فى الرجعه أو غيرها مجرده عن نيه المعنى المراد منها،و قصده لا يقع إلا من عابث أو ساه أو نائم،و إلا فالعقلاء إنما تورد الألفاظ فى كلامهم و محاوراتهم مقرونه بقصد معانيها المراده منها.نعم،فهم السامع تلك المعانى المراده قد لا يتوقف على شيء وراء مجرد ذلك اللفظ،و هو الصريح فى معناه الذى

۱- ۱) سوره البقره-آيه ۲۲۸ و ۲۲۹.

۲- ۲) و الصحيح«غيرها».

لا يحتمل غيره،و قد يتوقف على أمر آخر من ضم قرينه فى الكلام أو اعترافه بذلك،و هذا يكون فى غير الصريح مما يحتمل معنيين أو أكثر.

و كيف كان فكل ما دل على قصد الرجل فى النكاح من الألفاظ بنفسه أو ضم شيء من خارج فهو مفيد للرجوع بلا خلاف و لا إشكال.

و أما الرجوع بالفعل كالوطء و التقبيل و اللمس بشهوه فهو موضع وفاق، و ربما كان أقوى فى الدلاله على الرجعه من القول،إلا أنه لا بد من أن يقصد به الرجوع لأنه فى حد ذاته أعم من ذلك،فلا عبره بما وقع منه سهوا أو بقصد عدم الرجعه أو لا بقصدها فإن ذلك لا يفيد الرجوع،و إن فعل حراما فى غير صوره السهو و الغفله لانفساخ النكاح بالطلاق و إن كان رجعيا،و لو لا ذلك لم تبن بانقضاء العده،إلا أنه لا حد عليه و إن كان عالما بالتحريم لعدم خروجها بعد عن حكم الزوجيه رأسا،فغايه ما يلزم هو التعزير على فعل المحرم إلا مع الجهل بالتحريم.

و مما يدل على وقوع الرجعه بالوطء ما رواه

الصدوق (۱)عن الحسن بن محبوب فى الصحيح عن محمد بن القاسم قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام:من غشى امرأته بعد انقضاء العده جلد الحد،و إن غشيها قبل انقضاء العده كان غشيانه إياها رجعه».

و إطلاق الخبر يشمل ما ذكرناه من الصور المستثناه،إلا أن الظاهر تقييده بما عداها،فإن الأحكام صحه و بطلانا و ثوابا و عقابا دائره مدار القصود و النيات كما تقدم تحقيقه فى بحث النيه من كتاب الطهاره (۲).

و مما يقع به الرجعه أيضا إنكار الطلاق،قال فى شرح النافع:و هذا مذهب الأصحاب لا نعلم فيه مخالفا.

و قال فى المسالك:و ظاهرهم الاتفاق على كونه رجوعا.و علله المحقق فى الشرائع بأنه يتضمن التمسك بالزوجيه،قال فى المسالك:و لأنه أبلغ من

۱- ۱) الفقيه ج ۴ ص ۱۸ ح ۱۸،الوسائل ج ۱۸ ص ۴۰۰ ب ۲۹ ح ۱ و فيهما«رجعه لها».
۲- ۲) الحدائق ج ۲ ص ۱۷۰.

الرجعه بألفاظها المشتقه منها و ما فی معناها لدلالتها علی رفعه فی غیر الماضی و دلاله الإنکار علی رفعه مطلقا.

أقول:و الأولی الرجوع إلی النص الوارد فی المقام،و هو ما رواه

ثقه الإسلام فی الکافی (۱)عن أبی ولاد الحناط فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن امرأه ادعت علی زوجها أنه طلقها تطلیقه طلاق العده طلاقا صحیحا-یعنی علی طهر من غیر جماع-و أشهد بها شهودا علی ذلک،ثم أنکر الزوج بعد ذلک، فقال:إن کان إنکار الطلاق قبل انقضاء العده فإن إنکاره للطلاق رجعه لها،و إن أنکر الطلاق بعد انقضاء العده فإن علی الامام أن یفرق بینهما بعد شهاده الشهود بعد ما یستحلف أن إنکاره الطلاق بعد انقضاء العده و هو خاطب من الخطاب». و هی صحیحه صریحه مؤیده بعمل الأصحاب،فلا مجال للتوقف فی الحکم المذکور.

و قال الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی (۲)

«و أدنی المراجعه أن یقبلها أو ینکر الطلاق فیکون إنکار الطلاق مراجعه».

الثانی [فی استحباب الإشهاد فی الرجعه و عدم وجوبه]

یستحب الاشهاد فی الرجعه و لا یجب اتفاقا،و علیه تدل جمله من الأخبار.

منها ما رواه

فی الکافی (۳)عن زراره و محمد بن مسلم فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«إن الطلاق لا یکون بغیر شهود،و إن الرجعه بغیر شهود رجعه و لکن لیشهد بعد فهو أفضل».

و عن الحلبی (۴)فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الذی یراجع و لم یشهد قال:یشهد أحب إلی،و لا أری بالذی صنع بأسا».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۷۴ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۴۲ ح ۴۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۲ ب ۱۴ ح ۱ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

۲- ۲) فقه الرضا ص ۲۴۲،المستدرک ج ۳ ص ۱۴ ب ۱۲ ح ۱ و فیهما«إنکاره للطلاق».

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۷۳ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۱ ب ۱۳ ح ۳.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۷۲ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۱ ب ۱۳ ح ۲.

و عن محمد بن مسلم (۱)قال:

«سئل أبو جعفر علیه السلام عن رجل طلق امرأته واحده ثم راجعها قبل أن تنقضی عدتها و لم یشهد علی رجعتها،قال:هی امرأته ما لم تنقض عدتها،و قد کان ینبغی له أن یشهد علی رجعتها،فإن جهل ذلک فلیشهد حین علم،و لا أری بالذی صنع بأسا،و أن کثیرا من الناس لو أرادوا البینه علی نکاحهم الیوم لم یجدوا أحد یثبت علی الشهاده علی ما کان من أمرهما،و لا أری بالذی صنع بأسا،و إن یشهد فهو أحسن».

و فی صحیحه محمد بن مسلم (۲)

«و إنما جعل الشهود لمکان المیراث»إلی غیر ذلک من الأخبار.

و قال الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی (۳)«فإن أراد مراجعتها راجعها، و تجوز المراجعه بغیر شهود کما یجوز التزویج،و إنما تکره المراجعه بغیر شهود من جهه الحدود و المواریث و السلطان». انتهی.

الثالث:لو طلقها طلاقا رجعیا فارتدت

،فهل یصح مراجعتها فی حال الرده؟ المشهور المنع،فکما أنه لا یصح ابتداء الزوجیه فکذا استدامتها،و یؤید ذلک أن الرجوع تمسک بعصم الکوافر المنهی عنه فی الآیه نهی فساد لقوله «وَ لاٰ تُمْسِکُوا بِعِصَمِ الْکَوٰافِرِ» (۴).و علل أیضا بأن المقصود من الرجعه الاستباحه، و هذه الرجعه لا تفید الإباحه فإنه لا یجوز الاستمتاع بها و لا الخلوه بها ما دامت مرتده.

و علل الجواز بأن الرجعیه زوجه،و یؤیده عدم وجوب الحد بوطئها،و وقوع الظهار و اللعان و الإیلاء بها،و جواز تغسیل الزوج لها و بالعکس فهی بمنزله الزوجه.

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۷۳ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۲ ب ۱۳ ح ۶ و فیهما اختلاف یسیر.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۷۳ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۱ ب ۱۳ ح ۱ و فیهما اختلاف یسیر.

۳- ۳) فقه الرضا ص ۲۴۲،مستدرک الوسائل ج ۳ ص ۱۴ ب ۱۱ ح ۱.

۴- ۴) سوره الممتحنه-آیه ۱۰.

و أنت خبير بأن المسأله و إن كانت خاليه من النص فى هذه الصوره إلا أن مقتضى ما قدمنا نقله عنهم فى كتاب النكاح فى مسأله ارتداد أحد الزوجين (۱)-من أنه متى كانت المرتده المرأه و كان ذلك قبل الدخول انفسخ العقد بينهما فى الحال،و إن كان بعد الدخول كان الفسخ و عدمه مراعى بانقضاء العده و عدمه، فإن انقضت العده و لم ترجع إلى الإسلام فقد بانت منه-هو جريان هذا الحكم فيما نحن فيه،فإنها فى العده و إن كانت زوجته يجوز مراجعتها كما يجوز تزويجها ابتداء،إلا أنها بالارتداد قد عرض لها ما يوجب انفساخ الزوجيه إما فى الحال كما لو لم يكن ثمه دخول،و إما مراعى بانقضاء العده فى صوره الدخول،فالرجوع إليها فى حال الارتداد و إن كان فى العده،إلا أن الارتداد قد أوجب فسخ النكاح هنا،كما أوجبه لو لم يكن ذات عده رجعيه بل زوجه أصليه،إلا أنه يمكن أن يقال بصحه الرجعه لا صحه مستقره،بل مراعاه بعدم انقضاء العده على الارتداد، بمعنى أنه لو رجعت إلى الإسلام قبل انقضائها استقرت صحه الرجعه،و إلا تبين فسادها،كما أنها بالارتداد تنفسخ زوجيتها انفساخا مراعى بانقضاء العده على الارتداد،فلو رجعت إلى الإسلام قبل انقضائها بقيت على الزوجيه السابقه.

الرابع:لو طلق و راجع فأنكرت الدخول بها

أولا و زعمت أن لا عده عليها و لا رجعه فالقول قولها بيمينها،لأنها تدعى ما يوافق الأصل،إذ الأصل عدم الدخول،و حينئذ فإذا حلفت بطلت رجعته التى يدعيها عليها و لا نفقه لها و لا سكنى و لا عده عليها،و جاز لها أن تنكح زوجا غيره فى الحال،و ليس له أن ينكح أختها،و لا أربعا غيرها لاعترافه بأنها زوجته.

بقى الإشكال فى المهر،فإن مقتضى كلام الزوج أن لها المهر كملا،و مقتضى كلامها أنه إنما تستحق بالنصف خاصه لدعواها عدم الدخول بها،و حينئذ فإن

۱- ۱) و هى المسأله الثانيه من المطلب السادس فى الكفر من الفصل الثانى فى أسباب التحريم.(منه-قدس سره-).راجع الحدائق ج ۲۴ ص ۲۵.

كانت قد قبضت المهر كملا- فليس للزوج مطالبتها بشيء لا-عترافه باستحقاقها إياه، لكن لا يجوز لها التصرف فی أزيد من النصف،و لو لم تقبضه لم يجز لها أن تقبض إلا النصف خاصه.

و كيف كان فينبغی أن يقبض الحاكم النصف الآخر من يدها أو يده،لأنه مال لا يدعيه أحد،و حفظ مثل ذلک وظيفه الحاكم الشرعی،و لا يبعد أن الحكم فيه الصرف فی وجوه البر،و له نظائر عديده فی الأخبار.

و لو انعكس الحكم فادعت المرأه الدخول و أنكر الزوج فالقول قوله بيمينه، و حينئذ فإذا حلف فلا رجعه و لا سكنی و لا نفقه لها عليه،و عليها العده لادعائها الدخول،و يرجع بنصف الصداق إن كانت قبضته،و لو لم تقبضه رجعت عليه بالنصف خاصه».

الخامس [كيفيه رجوع الأخرس]

المشهور بين الأصحاب أن رجعه الأخرس بالإشاره المفهمه لها كغيرها من عقوده و إيقاعاته،و نقل عن الصدوقين أنه أخذ القناع من رأسها.

أقول:قال الشيخ علی بن الحسين فی رسالته إلی ولده (۱)«الأخرس إذا أراد أن يطلق امرأته ألقی علی رأسها قناعها يريها أنها قد حرمت عليه،و إذا أراد مراجعتها كشف القناع عنها يری أنها قد حلت»و نحو ذلک فی كتاب المقنع لابنه،و هذا القول قد جعله الشيخ و ابن البراج روايه،و كذلک المحقق فی النافع أسنده إلی الروايه.

قال السيد السند فی شرح النافع:و لم نقف عليها فی شیء من الأصول.

نعم

روی الكلينی (۲)عن السكونی عن الصادق عليه السلام

«أنه قال:طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها فيضعها علی رأسها و يعتزلها». و نسب هذا القول فی الشرائع إلی الشذوذ.

ص: ۳۶۲

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۳۳۳ ذيل ح ۱ و فيه«يری أنها قد حرمت عليه».

۲- ۲) الكافی ج ۶ ص ۱۲۸ ح ۳،التهذيب ج ۸ ص ۹۲ ح ۲۳۳ و فيه«عن علی بن أبی حمزه»مع اختلاف يسير،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰۰ ب ۱۹ ح ۳.

و يقرب فى البال أن العباره المنقوله عن الشيخ على بن بابويه مأخوذه من كتاب الفقه الرضوى (۱)على النهج الذى قد عرفت فى غير موضع،إلا أن كتاب الفقه الرضوى الذى عندى لا يخلو من غلط و سقط فى هذا المكان،فإنه عليه السلام عد طلاق الأخرس فى أفراد الطلاق التى ذكرها فى أول الباب و فى مقام التفصيل، و بيان كل فرد فرد من تلك الأفراد لم يتعرض لطلاق الأخرس بالكليه،فليلاحظ ذلك من نسخه اخرى.

و كيف كان فينبغى حمل ذلك على ما إذا فهم من ذلك الطلاق و الرجعه، فيرجع إلى ما هو المشهور،لأن ذلك من جمله إشاراته المعتبره فى ذلك.

السادس [فى أنه لو ادعت الزوجه انقضاء العده بالحيض]

اشاره

الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب فى أنه إذا ادعت الزوجه انقضاء العده بالحيض فى زمان يمكن فيه ذلك-و أقله سته و عشرون يوما و لحظتان (۲)كما سيجىء إن شاء الله تعالى-كان قولها مقبولا فى ذلك.

و يدل عليه ما رواه

ثقه الإسلام (۳)فى الصحيح أو الحسن عن زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«الحيض و العده إلى النساء إذا ادعت صدقت».

و ما رواه

الشيخ (۴)فى الصحيح عن زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«العده و الحيض إلى النساء».

روى أمين الإسلام الفضل بن الحسن الطبرسى (۵)عن الصادق عليه السلام

فى قوله

۱- ۱) فقه الرضا ص ۲۴۸.

۲- ۲) و توضيحه بأن يطلق و قد بقى من الطهر لحظه،ثم تحيض أقل الحيض ثلاثه أيام، ثم تطهر أقل الطهر عشره،ثم تحيض أيضا ثلاثه أيام،ثم تطهر عشره،ثم تدخل فى الحيض بلحظه،و بذلك يحصل القدر المذكور و تخرج من العده.(منه-قدس سره-

).

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۰۱ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۱ ب ۲۴ ح ۱ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۶۵ ح ۱۷۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۱ ب ۲۴ ح ۱ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

۵- ۵) تفسیر مجمع البیان ج ۲ ص ۳۲۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۱ ب ۲۴ ح ۲.

تعالی «وَ لاٰ یَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ یَکْتُمْنَ مٰا خَلَقَ اللّٰهُ فِی أَرْحٰامِهِنَّ» قال:قد فوض الله إلی النساء ثلاثه أشیاء الحیض و الطهر و الحمل».

و جمله من الأصحاب قد استدلوا بالآیه المذکوره بتقریب أنه لو لا قبول قولهن فی ذلک لم یؤتمن فی الکتمان،و إطلاق النصوص المذکوره یقتضی عدم الفرق بین دعوی المعتاد و غیره.

و أما ما رواه

الصدوق فی الفقه (۱)مرسلا عن أمیر المؤمنین علیه السلام

«أنه قال فی امرأه ادعت أنها حاضت فی شهر واحد ثلاث حیض أنه یسأل نسوه من بطانتها هل کان حیضها فیما مضی علی ما ادعت؟فإن شهدت صدقت و إلا فهی کاذبه». فقد حمله الشیخ فی کتابی الأخبار علی المتهمه جمعا بین الأخبار،و هو جید لما تقدم قریبا من الأخبار المؤیده لهذه الأخبار الداله علی قبول قولها فی أمثال هذه الأمور.

و أما ما قربه الشهید فی اللمعه (۲)من أنه لا یقبل من المرأه دعوی غیر المعتاد إلا بشهاده أربع من النساء المطلعات علی باطن أمرها،و ادعی أن ذلک ظاهر الروایات فلا أعرف له وجها،إذ لیس سوی روایه السکونی المذکوره مع معارضتها بما هو أکثر عددا و أصح سندا و أصرح دلاله،فیتعین حملها علی المتهمه کما ذکره الشیخ.هذا کله فیما إذا لم یکن لها مقابل فی دعواها و لا منازع فإنه یقبل قولها بغیر یمین و یجوز لها التزویج،أما لو أنکر الزوج ما ادعته من الخروج من العده فإنه یتوجه علیها الیمین و تخرج المسأله عما نحن فیه کما تقدمت الإشاره إلیه.

۱- ۱) الفقیه ج ۱ ص ۱۰۰ ح ۲۰۷ طبع مکتبه الصدوق،التهذیب ج ۸ ص ۱۶۶ ح ۱۷۵ عن السکونی،الوسائل ج ۲ ص ۵۹۶ ب ۴۷ ح ۳ عن إسماعیل بن أبی زیاد،و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

۲- ۲) حیث قال فی الکتاب المذکور[اللمعه الدمشقیه ص ۲۰۹ و شرح اللمعه ج ۲ ص ۱۳۵]: و ظاهر الروایات أنه لا یقبل منها غیر المعتاد إلا بشهاده أربع من النساء المطلعات علی باطن أمرها.و هو قریب،انتهی.(منه-قدس سره-).

قال فی شرح النافع بعد أن ذکر نحو ذلک:و هو مقطوع به فی کلام الأصحاب،و لو ادعت المرأه انقضاء العده بالأشهر فالظاهر أنه إن لم یکن لها مقابل و لا راد لدعواها فإنه یقبل قولها عملا بالأخبار المتقدمه،و إن أنکر الزوج ذلک فإنه لا یقبل قولها،و القول قول الزوج بیمینه کما ذکره الأصحاب أیضا.

قال فی المسالک:لأن هذا الاختلاف راجع فی الحقیقه إلی وقت الطلاق، و القول قوله فیه کما تقدم قوله فی أصله،و لأنه مع دعوی بقاء العده یدعی تأخر الطلاق،و الأصل فیه معه لأصاله عدم تقدمه فی الوقت الذی تدعیه،انتهی.

و لو کانت من ذوات الحمل فادعت وضعه قال فی المسالک:صدقت أیضا بیمینها مع إمکانه لما تقدم،و یختلف الإمکان بحسب دعواها،فإن ادعت ولاده ولد تام فأقل مده تصدق فیها سته أشهر و لحظتان من یوم النکاح،لحظه لإمکان الوطء و لحظه للولاده،فإن ادعت أقل من ذلک لم تصدق،و إن ادعت سقطا مصورا أو مضغه أو علقه اعتبر إمکانه عاده.

و ربما قیل:إنه مائه و عشرون یوما و لحظتان فی الأول،و ثمانون یوما و لحظتان فی الثانی،و أربعون و لحظتان فی الثالث،

لقوله صلی الله علیه و آله و سلم (1)

«یجمع أحدکم فی بطن امه أربعون یوما نطفه،و أربعون یوما علقه،و أربعون یوما مضغه، ثم ینفخ فیه الروح». و حیث قدم قولها فی ذلک لم تکلف إحضار الولد لعموم الأدله و جواز موته و تعذر إحضاره،انتهی.

أقول:لا یخفی أن ظاهر الأخبار المتقدمه الداله علی أنها مصدقه فی العده هو شمول العده لجمیع أفرادها من کونها بالحیض أو الأشهر أو وضع الحمل، و حینئذ فلا وجه لاشتراط الیمین هنا فی تصدیقها دون الفردین المتقدمین،و طلب الیمین

۱- ۱) و قریب منه ما جاء فی الوسائل ج ۱۹ ص ۲۴۰ ب ۱۹ ح ۸ و ۹،و البحار عن النبی (ص)ج ۶۰ ص ۳۶۰ ح ۴۹،و جاء لفظ الحدیث مع اختلاف یسیر فی صحیح مسلم بشرح النوری ج ۱۶ ص ۱۸۹ کتاب القدر ح ۱.

منها إنما هو فی مقام ظهور منازع فیما ادعته کما تقدم،سواء کان فی هذا الموضع و غیره،و أما مع عدمه فقضیه الأخبار المذکوره قبول قولها من غیر یمین.

بقی التقیید بإمکانه و هو مما لا بأس به،فی هذا الموضع و ما تقدم أیضا.

و أما ما نقله من الخبر النبوی فیما إذا ادعت سقطا کاملا أو مضغه أو علقه، و أن الخبر المذکور دلیل للقول الذی نقله ففیه أن الظاهر أن الخبر المذکور لیس من طریقنا لعدم وجوده فی أخبارنا،إلا أن نظیره مما ورد بمعناه قد ورد فی الأخبار عنهم علیهم السلام،و الظاهر أنه لم یخطر بباله یومئذ و إلا لنقله و استدل به،بل رجح هذا القول علی ما ذکره أولا لدلالتها علیه.

فمن الأخبار الداله علی ذلک ما رواه

فی الکافی (1)فی الموثق عن الحسن بن الجهم قال:

«سمعت أبا الحسن الرضا علیه السلام یقول:قال أبو جعفر علیه السلام:إن النطفه تکون فی الرحم أربعین یوما،ثم تصیر علقه أربعین یوما،ثم تصیر مضغه أربعین یوما، فإذا کمل أربعه أشهر بعث الله ملکین خلاقین»الخبر.

و عن زراره (2)فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام فی حدیث طویل قال فیه:

«فتصل النطفه إلی الرحم فتردد فیه أربعین یوما،ثم تصیر مضغه أربعین یوما»الحدیث.

و فی روایه محمد بن إسماعیل (3)أو غیره عن أبی جعفر علیه السلام قال فیها

«فإنه أربعین لیله نطفه و أربعین لیله علقه و أربعین لیله مضغه،فذلک تمام أربعه أشهر،ثم یبعث الله ملکین خلاقین»الخبر.

و بذلک یظهر لک رجحان القول المذکور لدلاله هذه الأخبار الصحیحه الصریحه علیه دون ما ذکره أولا.

1- 1) الکافی ج 6 ص 13 ح 3.
2- 2) الکافی ج 6 ص 13 ح 4 و فیه«فتردد فیه أربعین یوما ثم تصیر علقه أربعین یوما ثم تصیر.».
3- 3) الکافی ج 6 ص 16 ح 6.

فرع [فيما لو ادعت الحمل فأنكر الزوج]

قالوا:إذا ادعت الحمل فأنكر الزوج و أحضرت ولدا فأنكر ولادتها له فالقول قوله لإمكان إقامه البينه بالولاده.

أقول:الفرق بين هذا الحكم و ما تقدم من تقديم قولها فى الوضع هو الاتفاق ثمه على الحمل و أنه من الزوج و إنما الاختلاف فى الولاده،و لا ريب أن المرجع إليها فى ذلك للآيه و الروايه.

و أما هنا فإن الزوج ينكر الحمل فضلا عن وضعه،فالقول قوله بيمينه لأصاله عدم الحمل،و لا فرق بين أن تحضر ولدا أو تدعى ولادته،فلا يلحق به بمجرد دعواها لجواز التقاطها له،و إنما يلزمه الاعتراف بما علم ولادته على فراشه لا ما تدعى المرأه ولادته كذلك،و حينئذ فلا يحكم بانقضاء العده بذلك بل يفتقر إلى مضى عده بالأقراء أو الأشهر فيرجع إليها فيها و إن كذبت فى الآخر.

السابع:لو ادعى الزوج [أنه قد رجع فيها فى العده]

بعد انقضاء العده أو بعد أن تزوجت أنه قد رجع فيها فى العده،قال فى المسالك:نظر،فإن أقام الأول عليها بينه فهى زوجته سواء دخل بها الثانى أو لم يدخل،و يجب لها مهر المثل على الثانى إن دخل بها،و إن لم يكن بينه و أراد التحليف سمعت دعواه على كل منهما.ثم ساق الكلام فى صوره الدعوى على الزوجه و ما فى المسأله من الشقوق و صوره الدعوى على الزوج الثانى و ما يترتب على ذلك.

قال شيخنا المحدث الصالح الشيخ عبد الله بن صالح البحرانى فى أجوبه المسائل الحسنيه:إذا طلقها و رجع و أشهد على الرجعه و أقام بينه شرعيه بذلك حكم له بها و إن تزوجت عند الأصحاب كما يستفاد من كلامهم،و ممن صرح بذلك شيخنا الشهيد الثانى-ثم قال بعد نقل كلام شيخنا الشهيد الثانى رحمه الله عليه بتمامه-ما لفظه:و فى الكل إشكال لعدم الظفر بنص فى ذلك كله إلا أن أصل

المسأله ليس بموضع إشكال عندهم كما يعرف من كلامهم،و إن كان عندى أيضا فيها توقف،و هذه هى المسأله التى وقع النزاع فيها بين الشيخ الثقه الجليل زين الدين على بن سليمان القدمى البحرانى و الشيخ أحمد ابن الشيخ محمد بن على بن يوسف بن سعيد المشاعى الاصبعى،و قد حكم الشيخ أحمد بقبول الدعوى مع قبول البينه،و ألحقها بالأول و منع الثانى،و خالفه الشيخ على و حكم بها للثانى و لم يسمع دعوى الأول احتجاجا بأن الرجوع لا بد فيه من الاعلام فى العده،و النكاح قد وقع صحيحا مطابقا للشرع،فلا يكفى الرجوع الذى لم يحصل العلم به إلا بعد التزويج،و استفتيا فيها فقهاء العصر و كتبا فيها إلى سائر البلدان كشيراز و أصفهان،فصححوا كلام الشيخ أحمد و خطأوا الشيخ عليا،و الحق أن هذا هو ظاهر كلام الأصحاب لأنهم لم يشترطوا فى صحه الرجوع الاعلام،و ليس هو من باب عزل الوكيل-كما يجىء بيانه-و إن كان لى فيها تأمل لعدم النص الصريح فى المسأله،انتهى كلامه.

أقول:لا ريب أن ظاهر كلمه الأصحاب الاتفاق على القول بأنه يملك رجعتها متى رجع فى العده و إن لم يبلغها الخبر،و أنه بالإشهاد على الرجعه يسترد نكاحها لو نكحت غيره مع عدم بلوغها الخبر.

قال فى المسالك:الرابع:أن يقع النزاع بعد ما نكحت،ثم جاء الأول فادعى الرجعه سواء كان عذرهما فى النكاح لجهلهما بالرجعه أم نسبتهما إلى الخيانه و التلبيس نظر،فإن أقام عليها بينه.إلى آخر ما تقدم.

و قال العلامه فى القواعد و لا يشترط علم الزوجه فى الرجعه و لا رضاها، فلو لم تعلم و تزوجت ردت إليه،و إن دخل الثانى بعد العده و لا يكون الثانى أحق بها.انتهى،و عبارته و إن كانت مطلقه بالنسبه إلى ثبوت الرجعه و عدمه إلا أن مراده بعد الثبوت بالشهاده لما صرح به قبيل هذا الكلام من قوله«و يستحب الاشهاد» و ليس شرطا،لكن لو ادعى بعد العده وقوعها فيها لم تقبل دعواها إلا بالبينه.

و قال فی التحریر:و لا یشترط فی صحه الرجعه إعلام الزوجه و لا الشهاده بها،فلو راجعها بشهاده اثنین و هو غائب فی العده صحت الرجعه،فإن تزوجت حینئذ کان فاسدا سواء دخل الثانی أو لا،و لا مهر علی الثانی مع عدم الدخول و لا عده،و مع الدخول المهر و العده،و ترجع إلی الأول بعدها.إلی غیر ذلک من عباراتهم التی یقف علیها المتتبع.

و العجب من شیخنا المحدث الصالح المتقدم ذکره فی إنکار النصوص علی ما ذهب إلیه الأصحاب لعدم اطلاعه علیها فی هذا الباب مع أنها موجوده مکشوفه القناع واجبه الاتباع،و کذا ظاهر ما نقله عن الشیخین الجلیلین فی القضیه التی نقلها و الاستفتاء فی المسأله إلی البلدان،مع أن إخبارها واضحه البیان فیما ذکره علماؤنا الأعلام.

و الذی وقفت علیه من ذلک ما رواه

فی الکافی (۱)بسند صحیح إلی المرزبان قال:

«سألت أبا الحسن الرضا علیه السلام عن رجل قال لامرأته:اعتدی فقد خلیت سبیلک،ثم أشهد علی رجعتها بعد أیام ثم غاب عنها قبل أن یجامعها حتی مضت لذلک شهر بعد العده أو أکثر،فکیف تأمره؟فقال:إذا أشهد علی رجعته فهی زوجته».

أقول:ظاهر هذه الروایه کما تری واضحه الدلاله علی أنه بمجرد الاشهاد علی الرجعه فی العده تثبت الزوجیه کما هو المشهور بلغها الخبر أو لم یبلغها،تزوجت بعد العده لعدم بلوغ الخبر أو لم تتزوج،و لیس فی سند هذا الخبر من ربما یتوقف فی شأنه سوی المرزبان،و هو ابن عمران بن عبد الله،و قد ذکر النجاشی (۲)أن له کتابا و هو مؤذن بکونه من أصحاب الأصول،و روی الکشی (۳)حدیثا یشعر بحسن

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۷۴ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۴۳ ح ۴۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۳ ب ۱۵ ح ۱ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

۲- ۲) رجال النجاشی ص ۴۲۳ تحت رقم ۱۱۳۴ طبع مؤسسه النشر الإسلامی-قم.

۳- ۳) رجال الکشی ص ۴۲۶ تحت رقم ۳۶۶.

حاله،و لهذا عد شيخنا المجلسی فی الوجیزه حدیثه فی الحسن.

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن الحسن بن صالح قال:

«سألت جعفر بن محمد علیه السلام عن رجل طلق امرأته و هو غائب فی بلده اخری و أشهد علی طلاقها رجلین ثم إنه راجعها قبل انقضاء العده و قد تزوجت،فأرسل إلیها:إنی کنت قد راجعتک قبل انقضاء العده و لم اشهد،قال:لا سبیل له علیها،لأنه قد أقر بالطلاق و ادعی الرجعه بغیر بینه فلا سبیل له علیها،و لذلک ینبغی لمن طلق أن یشهد،و لمن راجع أن یشهد علی الرجعه کما أشهد علی الطلاق،و إن کان قد أدرکها قبل أن تزوج کان خاطبا من الخطاب».

و التقریب فیها أن قوله«و ادعی الرجعه بغیر بینه فلا سبیل له علیها»یدل بمفهومه علی أنه لو کان له بینه علی الرجعه کان له سبیل علیها مؤکدا ذلک بالأمر لمن راجع أن یشهد علی الرجعه کما یشهد علی الطلاق حتی یثبت الزوجیه فی الأول کما ینبغی فی الثانی.

و ما رواه

الشیخ (۲)عن عمرو بن خالد عن زید بن علی علیه السلام

«فی رجل أظهر طلاق امرأته و أشهد علیه و أسر رجعتها ثم خرج،فلما رجع وجدها قد تزوجت، قال:لا حق له علیها من أجل أنه أسر رجعتها و أظهر طلاقها». و التقریب فیه کما فی سابقه.

و یؤید ذلک أیضا إطلاق جمله من الأخبار مثل

قول أبی جعفر علیه السلام فی صحیحه زراره و محمد بن مسلم (۳)

«و أن الرجعه بغیر شهود رجعه،و لکن لیشهد بعد فهو أفضل».

و قوله علیه السلام أیضا فی حدیث آخر لمحمد بن مسلم (۴)

«و إن أراد أن یراجعها أشهد علی رجعتها قبل أن تنقضی أقراؤها».

و فی ثالث لمحمد بن مسلم (۵)أیضا

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۸۰ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۳ ب ۱۵ ح ۳ و فیهما اختلاف یسیر.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۴۴ ح ۵۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۴ ب ۱۵ ح ۵ و فیهما«عن آبائه عن علی».

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۴۲ ح ۴۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۱ ب ۱۳ ح ۳.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۶۴ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۱ ب ۱۳ ح ۴.

۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۷۳ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۷۱ ب ۱۳ ح ۶.

عنه علیه السلام «و قد سئل عن رجل طلق امرأته واحده ثم راجعها قبل أن تنقضی عدتها و لم یشهد علی رجعتها،قال:هی امرأته ما لم تنقض العده،و قد کان ینبغی له أن یشهد علی رجعتها فإن جهل ذلک فلیشهد حین علم،و لا أری بالذی صنع بأسا» الحدیث.

إلی غیر ذلک مما هو علی هذا المنوال،فهی کما تری شامله بإطلاقها لما لو علمت المرأه أو لم تعلم،تزوجت أو لم تزوج،فإنها بمجرد الرجعه فی العده تکون زوجته شرعا واقعا،و إنما الإشهاد علی ذلک لدفع النزاع و ثبوت الزوجیه فی الظاهر،فلو فرضت أن الزوجه صدقته و وافقته علی دعواه قبل التزویج بغیره صح نکاحه لها،فتوقف شیخنا المحدث الصالح-رحمه الله علیه-فی المسأله لعدم النص عجیب،و أعجب منه حکم شیخنا قدوه المحدثین و رئیس المحققین الشیخ علی بن سلیمان المتقدم ذکره بعدم صحه الرجعه لعدم بلوغ الخبر لها فی العده لما ذکره من التعلیل فی مقابله الأخبار المذکوره،و إن أمکن أن یقال:إنه لا ریب أن ما ذکره من التعلیل المذکور قوی متین لأن الأحکام الشرعیه لم تبن علی ما فی نفس الأمر و الواقع،و النکاح الذی وقع أخیرا وقع صحیحا بحسب ظاهر الشرع،و إبطاله بمخالفه ما فی نفس الأمر مشکل لما ذکرناه،إلا أنه لما دلت الأخبار المذکوره علی خلافه وجب الخروج عنه.

و لکن یؤید ما ذکره شیخنا المذکور بل یدل علی ذلک صریحا ما رواه

فی الکافی (1)فی الصحیح أو الحسن الذی لا یقصر عن الصحیح بإبراهیم بن هاشم عن محمد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام

«أنه قال فی رجل طلق امرأته و أشهد شاهدین، ثم أشهد علی رجعتها سرا منها و استکتم الشهود فلم تعلم المرأه بالرجعه حتی انقضت عدتها،قال:تخیر المرأه،فإن شاءت زوجها و إن شاءت غیر ذلک،و إن تزوجت قبل أن تعلم بالرجعه التی أشهد علیها زوجها فلیس للذی طلقها علیها

1- 1) الکافی ج 6 ص 75 ح 3،الوسائل ج 15 ص 373 ب 15 ح 2 و فیهما اختلاف یسیر.

سبیل،و زوجها الأخیر أحق بها».

و هی کما تری صریحه فیما ذهب إلیه شیخنا الشیخ علی المذکور،و لعل اعتماده فیما ذهب إلیه إنما کان علی هذه الروایه سیما مع صحتها و صراحتها و ضعف ما یقابلها و إن لم ینقل ذلک عنه فی الحکایه المتقدمه،فإن الشیخ المذکور فی الاطلاع علی الأخبار و ما اشتملت علیه من الأسرار کان ممن لا ثانی له،و لهذا اشتهر فی بلاد العجم تسمیته بأم الحدیث فی وقته،و بذلک یظهر لک بقاء المسأله فی قالب الاشکال.

و فی بعض الحواشی المنسوبه إلی شیخنا المجلسی المولی محمد باقر علی هذا الخبر ما صورته:ظاهره اشتراط علم الزوجه فی تحقق الرجعه،و لم أر به قائلا و یمکن حمله علی ما إذا لم یثبت بالشهود،و هو بعید،انتهی.

و أصحابنا لم یتعرضوا للکلام فی هذه الأخبار،أما فی کتب الاستدلال کالمسالک و نحوه فإنهم لم یتعرضوا لنقل شیء من الروایات بالکلیه و إنما ذکروا الحکم المذکور مسلما بینهم من غیر استدلال،کأنه من قبیل المجمع علیه بینهم، و فی کتب الأخبار لم یتعرضوا لهذا الاختلاف الظاهر بین روایات المسأله،و ربما أشعر سکوتهم عن ذلک بأن الحکم المذکور اتفاقی نصا و فتوی،و الحال کما عرفت،فإنه و إن کان ظاهر الفتوی ذلک إلا أن النصوص کما رأیت ظاهره الاختلاف، و الصحیحه المذکوره صریحه الدلاله فی المخالفه لما تقدمها من الأخبار،و لا یحضرنی الآن مذهب العامه فی هذه المسأله،فلعل الصحیحه المذکوره من حیث الاتفاق علی خلاف ما دلت علیه إنما خرجت مخرج التقیه.

و فی کتاب سلیم بن قیس (1)و هو أحد الأصول المشهوره و الکتب المأثوره المعتمد علیها عند محققی أصحابنا کما صرح به شیخنا المجلسی-رحمه الله-فی

١- ١) سلیم بن قیس الکوفی طبع دار الکتب الإسلامیه ص ١٣٩،البحار ج ١٠۴ ص ١۵٨ ح ٨١ و فیهما«أبا کنف»مع اختلاف یسیر.

کتاب البحار فی روایه له عن علی علیه السلام یذکر فیها بدع عمر و إحداثه،قال علیه السلام:

و أعجب من ذلک أن أبا کیف العبدی أتاه فقال:إنی طلقت امرأتی و أنا غائب فوصل إلیها الطلاق،ثم راجعتها و هی فی عدتها،و کتبت إلیها فلم یصل الکتاب حتی تزوجت،فکتب إلیه:إن کان هذا الذی تزوجها دخل بها فهی امرأته،و إن کان لم یدخل بها فهی امرأتک،و کتب له ذلک و أنا شاهد و لم یشاورنی و لم یسألنی و یری استغناءه بعلمه عنی،فأردت أن أنهاه،ثم قلت:ما أبالی أن یفضحه الله، ثم لم تعبه الناس بل استحسنوه و اتخذوه سنه و قبوله و رأوه صوابا و ذلک قضاء لا یقضی به مجنون»الحدیث و هو کما تری غیر خال من شوب الاشکال لما تضمنه من الإجمال،و وجه البطلان فی قضائه الذی نفاه علیه أن هذا التفصیل لا وجه له،لأن جواز الدخول و عدمه تابع لصحه التزویج و عدمها و فرع علیها،فإن کان التزویج صحیحا فلا معنی لکونها زوجه الأول مع عدم الدخول،و إن کان باطلا فلا وجه لکونها زوجه الثانی مع الدخول لما عرفت من التبعیه و الفرعیه،و جهل الرجل المذکور أکثر من تحویه (۱)السطور أو یقوم به مداد البحور،و اعترافه فی غیر مقام غیر منکور،و الله العالم.

بقی الکلام فیما لم یکن ثمه بینه،و قد فصل الکلام فی ذلک شیخنا فی المسالک بما لم یسلکه قبله سالک،قال-رحمه الله-:و إن لم یکن بینه و أراد التحلیف سمعت دعواه علی کل منهما،فإن ادعی علیها فأقرت له بالرجعه لم یقبل إقرارها علی الثانی،و فی غرمها للأول مهر المثل لتفویت البضع علیه قولان،تقدم البحث فیهما فی النکاح،و إن أنکرت فهل تحلف؟فیه وجهان مبنیان علی أنها هل تغرم له لو أقرت أم لا؟فإن لم نقل بالغرم فلا وجه لتحلیفه،لأن الغرض منه الحمل علی الإقرار و لا فائده فیه،فإن قلنا بالتحلیف فحلفت سقط دعوی الزوج،و إن نکلت حلف و غرمها مهر المثل و لا یحکم ببطلان النکاح الثانی،و إن

۱- ۱) هکذا،و الصحیح«من أن تحویه».

جعلنا الیمین المردوده کالبینه لأنها إنما یکون کذلک فی حق المتداعیین خاصه.

و ربما احتمل بطلان النکاح علی هذا التقدیر لذلک،و هو ضعیف،فإذا انقطعت الخصومه معها بقیت علی الزوج الثانی،ثم إن أنکر صدق بیمینه،لأن العده قد انقضت و النکاح وقع صحیحا فی الظاهر،و الأصل عدم الرجعه،و إن نکل ردت الیمین علی المدعی،فإن حلف حکم بارتفاع النکاح الثانی،و لا تصیر المرأه للأول بیمینه.

ثم إن قلنا:إن الیمین المردوده کالبینه،فکأنه لم یکن بینها و بین الثانی نکاح فلا شیء لها علیه إلا مهر المثل مع الدخول،و إن قلنا إنها کالإقرار،و إقراره علیها غیر مقبول،و لها کمال المسمی إن کان بعد الدخول،و نصفه إن کان قبل، و الأقوی ثبوت المسمی کملا مطلقا،و إن جعلناها کالبینه لما ذکرناه من أنها إنما یکون کالبینه فی حق المتنازعین خاصه،و إذا انقطعت الخصومه بینهما فله الدعوی علی المرأه إن لم یکن سبق بها،ثم ینظر إن بقی النکاح الثانی،فإن حلف فالحکم کما ذکر فیما إذا بدأ بها،و إن لم یبق بأن أقر الثانی للأول بالرجعه أو نکل فحلف الأول فإن أقرت المرأه سلمت إلیه،و إلا فهی المصدقه بالیمین،فإن نکلت و حلف المدعی سلمت إلیه،و لها علی الثانی مهر المثل إن جری دخول،و إلا فلا شیء علیه کما لو أقرت بالرجعه،و کل موضع قلنا لا تسلم المرأه إلی الأول لحق الثانی،و ذلک عند إقرارها أو نکولها أو یمین الأول،فإذا زال حق الثانی بموت أو غیره سلمت إلی الأول،کما لو أقر بحریه عبد فی ید غیره ثم اشتراه فإنه یحکم علیه بحریته،انتهی.

أقول:لا یخفی أن جمله من هذه الأحکام یمکن استنباطه من الرجوع إلی القواعد المقرره و الضوابط المشتهره،و جمله منها لا تخلو من الاشکال لما عرفت من تعدد الاحتمالات،و الاحتیاط فی أمثال ذلک مطلوب علی کل حال.

تذنيب إذا ادعى أنه راجع زوجته الأمه فى العده فصدقته

و أنكر المولى و ادعى خروجها قبل الرجعه فلا خلاف فى أن القول قول الزوج،إنما الخلاف فى أنه هل يقبل قوله من غير يمين أم لا بد من اليمين؟ المنقول من الشيخ الأول،و استنادا إلى أن الرجعه تفيد استباحه البضع،و هو حق يتعلق بالزوجين فقط،فمع مصادقه الزوجه على صحه الرجعه و وقوعها شرعا لا يلتفت إلى رضا المولى:و لا موجب لليمين على الزوج،لأن اليمين إن كانت للمرأه فهى قد صدقته فلا يمين فى البين،و إن كان للمولى فقد عرفت أن رضاه غير معتبر.

و تردد المحقق فى ذلك و وجهه الشارح فى المسالك بأن حق المولى إنما يسقط زمن الزوجيه لا مع زوالها،و هو الآن يدعى عود حقه و الزوج ينكره فيتوجه اليمين،قال:و بهذا يظهر منع تعلق الحق بالزوجين فقط،فإن ذلك إنما هو فى زمن الزوجيه،إذ قبلها الحق منحصر فى المولى و كذا بعدها،و النزاع هنا فى ذلك،فالقول باليمين أجود بل يحتمل تقديم قول المولى لقيامه فى ذلك مقام الزوجه،و قولها مقدم على الوجه المتقدم،فلا أقل من اليمين على الزوج،انتهى.

أقول:و الحكم لكونه خاليا من النص موضع توقف و إشكال،كما عرفت فى أمثاله الجاريه على هذا المنوال،و الاعتماد على هذه التعليلات العليله مجازفه فى أحكام الملك المتعال.

إلحاق فيه اشقاق [فى ذكر الحيل الشرعيه]

اشاره

قد جرت عاده جمله من الأصحاب بذكر الحيل الشرعيه فى هذا المقام، قال المحقق فى الشرائع:يجوز التوصل بالحيل الشرعيه المباحه دون المحرمه فى إسقاط ما لو لا الحيله لثبت،و لو توصل بالمحرمه أثم و تمت الحيله.

قال شیخنا فی المسالک بعد ذکر ذلک:هذا باب واسع فی جمیع أبواب الفقه، و الغرض منه التوصل إلی تحصیل أسباب تترتب علیها أحکام شرعیه،و تلک الأسباب قد تکون محلله و قد تکون محرمه،و الغرض من تعلیم الفقیه الأسباب المباحه،فأما المحرمه فیذکرونها بالفرض لیعلم حکمها علی تقدیر وقوعها،انتهی.

أقول:لا ریب أن جمله من الحیل المشار إلیها قد دلت علیها الأخبار بالخصوص،و جمله منها و إن لم تدل علیه النصوص إلا أنها موافقه لمقتضی القواعد المتفق علیها بینهم.

(و منها)ما هو باطل،و إن توهم کونه حیله شرعیه موجبه لتحلیل ما أرید منها کما سیظهر لک إن شاء الله،إلا أن العمل علی ما لم یوجد فیه نص بالخصوص علی الإطلاق لا یخلو من إشکال لما یظهر مما حکاه الله تعالی فی کتابه عن الیهود فی قضیه الاصطیاد الذی نهوا عنه یوم السبت،و أنه عز و جل مسخهم قرده بما عملوه من الحیله فی ذلک.

ففی تفسیر الإمام العسکری علیه السلام (1)عند قوله تعالی فی سوره البقره «وَ لَقَدْ عَلِمْتُمُ الَّذِینَ اعْتَدَوْا مِنْکُمْ فِی السَّبْتِ فَقُلْنا لَهُمْ کُونُوا قِرَدَهً خاسِئِینَ» (2)قال:

«قال علی بن الحسین علیه السلام:کان هؤلاء قوما یسکنون علی شاطئ بحر فنهاهم الله و أنبیاؤه عن اصطیاد السمک فی یوم السبت،فتوصلوا إلی حیله لیحلوا بها لأنفسهم ما حرم الله،فخذوا أخادید و عملوا طرقا تؤدی إلی حیاض یتهیأ للحیتان الدخول فیها من تلک الطرق،و لا یتهیأ لها الخروج إذا همت بالرجوع،فجاءت الحیتان یوم السبت جاریه علی أمان لها فدخلت الأخادید و حصلت فی الحیاض و الغدران،فلما کانت عشیه الیوم همت بالرجوع منها إلی اللجج لتأمن من صائدها فرامت الرجوع فلم تقدر،و بقیت لیلتها فی مکان یتهیأ أخذها بلا اصطیاد لاسترسالها

۱- ۱) تفسیر الامام الحسن العسکری(ع)ص ۱۳۶ مع اختلاف یسیر.

۲- ۲) سوره البقره-آیه ۶۵.

فیه و عجزها عن الامتناع لمنع المکان لها،و کانوا یأخذون یوم الأحد و یقولون:

ما اصطدنا فی السبت و إنما اصطدنا فی الأحد،و کذب أعداء الله بل کانوا آخذین بها بأخادیدهم التی عملوها یوم السبت حتی کثر من ذلک مالهم»الحدیث.

و یظهر من المحقق الأردبیلی-رحمه الله علیه-التوقف فی استعمال هذه الحیل،و لو کانت بحسب الظاهر جاریه علی نهج القوانین الشرعیه،ذکر ذلک فی غیر موضع من شرحه علی کتاب الإرشاد،منها فی باب الربا حیث قال-فی تمثیل المصنف بقوله:مثل إن أراد بیع قفیز حنطه بقفیز (۱)من شعیر أو الجید بالردیین و غیر ذلک-ما لفظه:یبیع المساوی بالمساوی قدرا و یستوهب الزائد، و هو ظاهر لو حصل القصد فی البیع و الهبه،و ینبغی الاجتناب عن الحیل مهما أمکن،و إذا اضطر یستعمل ما ینجیه عند الله،و لا ینظر إلی الحیل و صوره جوازها ظاهرا،لما عرف من عله تحریم الربا،و کأنه إلی ذلک أشار فی التذکره بقوله:

لو دعت الضروره إلی بیع الربویات مستفضلا مع اتحاد الجنس.إلخ،انتهی کلامه رحمه الله علیه.

و محصله:أن الفقهاء قد ذکروا جمله من الحیل الموجبه للخروج من الربا کما قدمنا ذکره فی کتاب البیع،و منها ما ذکر هنا،و هو أن یبیعه المساوی و یهب له الزائد،و ظاهر المحقق المذکور التوقف فی ذلک من حیث عدم القصد إلی الهبه،و إنما الغرض منها التوصل إلی تحلیل ما حرم الله تعالی بالحیل إلا ما ورد به النص و إلا فما ذکره من أن القصد لم یکن للهبه من حیث هی و إنما القصد إلی تحلیل الربا یمکن خدشه بأنه لا تشترط قصد جمیع الغایات المترتبه علی ذلک العقد، بل یکفی قصد غایه صحیحه من غایاته کما صرح به شیخنا فی المسالک و تبعه من تأخر عنه فی ذلک حیث قال و نعم ما قال:

و لا یقدح فی ذلک کون هذه الأمور غیر مقصوده بالذات،و العقود تابعه

۱- ۱) فی شرح الإرشاد«بقفیزین».

للقصود،لأن قصد التخلص من الربا إنما يتم مع القصد إلى بيع صحيح أو قرض أو غيرهما من الأنواع المذكوره و ذلك كاف فی القصد،إذ لا يشترط فی القصد إلی عقد قصد جميع الغايات المترتبه عليه،بل يكفی قصد غايه صحيحه من غاياته فإن من أراد شراء دار مثلا ليؤاجرها و يكتسب بها فإن ذلک كاف فی الصحه، و إن كان لشراء الدار غايات أخر أقوی من هذه و أظهر فی نظر العقلاء،و كذا القول فی غير ذلک من أفراد العقود،و قد ورد فی أخبار كثيره يدل علی جواز الحيله علی نحو ذلک،انتهی.

و الواجب هنا ذكر جمله مما خطر بالبال من الأنواع التی توصل إلی تحليلها بالاحتيال و التمييز بين صحيحها و فاسدها زياده علی ما تقدم سيما فی باب الربا من كتاب البيع و كتاب الشفعه.

[الحيله للفرار من الخمس و الزكاه]

(و منها)ما اشتهر فی هذه الأوقات من أنه إذا كان فی ذمه الرجل ألف درهم من وجه الخمس أو الزكاه فإنه يبيع سلعه قيمتها مائه درهم علی فقير بألف درهم ثم يحتسب عليه الثمن بما فی ذمته من وجه الخمس أو الزكاه،و هذا البيع بحسب القواعد الشرعيه صحيح إذا وقع بالتراضی من الطرفين و معرفه المبيع من الجانبين، و لكن إذا نظرت إلی الواقع و أنه لم يدفع فی الحقيقه من تلک الألف إلا مائه درهم خاصه حصل الإشكال فی حصول البراءه من الزائد بهذه الحيله،و كانت قريبه من حيله اليهود فی إسقاط ما حرم الله عليهم.

و لا يبعد أن يقال إن الذمه مشغوله بهذا المبلغ بيقين،و لا تبرأ إلا بيقين دفعه كملا،و حصول الدفع بهذه الحيله غير معلوم يقينا علی أنه يمكن أن يقال:إن فی صحه هذا البيع إشكالا،لأنه و إن صح البيع فی أمثاله بزياده علی الثمن الواقعی أضعافا مضاعفه إلا أنه مخصوص بقصد المشتری الی دفع الثمن و رضاه بالمبيع بهذا الثمن،و فيما نحن فيه ليس كذلک،فإن المشتری إنما رضی بالشراء بهذا الثمن من حيث علمه بأنه لا يؤخذ منه،و إلا فمن المجزوم به أنه لا يرضی بدفع هذا الثمن فی مقابله هذا المبيع اليسير كما هو المفروض.

و بالجمله فإنه من الظاهر أن المشترى لم يقصد دفع الثمن،مع أن الثمن أحد أركان المبيع كما تقدم فى كتاب البيع فهو فى قوه أنه اشترى بلا ثمن،و لا خلاف فى بطلانه لما عرفت.و كيف كان فالجزم ببراءه الذمه عندى فى هذه الصوره محل توقف و إشكال.

(و منها)

ما لو خافت المرأه من تزويج زوجها بامرأه معينه

فحملت ولدها على أن يتزوج بها قبل أبيه،أو أمه يريد شراءها الأب فاشتراها الابن،أو حملت الام ابنها على الزنا بتلك المرأه التى يريد أبوه تزويجها أو الأمه التى يريد شراءها بناء على نشر الحرمه بالزنا،فإنه و إن أثم من حيث حرمه الزنا إلا أن الحيله تحصل به.

(و منها)

ما لو كرهت المرأه زوجها و أرادت انفساخ العقد بينهما فارتدت

انفسخ النكاح و بانت منه إن كان قبل الدخول،و لو كان بعده توقف البينونه على انقضاء العده قبل رجوعها،فإن أخرت إلى انقضائها بانت منه،فإذا رجعت بعد ذلك إلى الإسلام قبل و تمت الحيله،كذا ذكره شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك، و لا يخلو من إشكال،فإن مقتضى هذا الكلام أن إظهار الارتداد لم يقع عن تغير فى الاعتقاد للإسلام و اعتقاد الكفر،و الكفر الموجب للفسخ إنما مناطه الاعتقاد لا مجرد الإظهار،و مجرد الإظهار إنما يوجب الفسق لا الكفر.

و بالجمله فإنه لا يظهر فى صحه هذه الحيله على وجه ينفسخ بها النكاح إذ مرجعها إلى إظهار الكفر من غير زوال اعتقاد الإسلام و هو غير موجب للارتداد شرعا.

[الحيل المبيحه لنكاح جماعه امرأه فى يوم واحد]

(و منها)ما عدوه فى هذا الباب من الحيل المبيحه (1)لنكاح جماعه امرأه فى

1- 1) أقول:قال فى المختلف[مختلف الشيعه ص ٦٢٠]:قال الشيخ فى الخلاف: إذا تزوج امرأه ثم خلعها ثم تزوجها و طلقها قبل الدخول بها لا عده عليها.و قال فى المبسوط: إذا خلعها ثم تزوجها ثم طلقها ثم راجعها ثم خالعها قبل الدخول قال قوم تبنى،و قال آخرون تستأنف و هو الصحيح عندنا،و قال بعضهم لا عده عليها ها هنا و هو الأقوى عندنا و الأول أحوط.و قال ابن البراج

فی المهـذب:فـان خالعها ثم تزوجها ثم طلقها استأنفت أیضا العـده و لم یجز لها أن تبنی علی ما تقـدم-ثم قال فی المختلف:-و الوجه مـا قاله الشـیخ فی الخلاف لقوله تعالی[سوره الأحزاب-آیه ۴۹] «ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمٰا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهٰا» انتهی.(منه-قدس سره-).

یوم واحـد بأن یتزوجها أحدهم و یدخل بها ثم یطلقها،ثم یتزوجها ثانیه و یطلقها من غیر دخول،فإنه یجوز للآخر أن یتزوجها فی تلک الحال لسـقوط العده حیث إنها غیر مدخول بها.هکذا ذکر فی المفاتیح ثم قال:و هو غلط واضح لأن العده الأولی لم تسقط إلاـ بالنسـبه إلی الزوج الأـول الـذی هـو صـاحب الفراش حیث لاـ یجب الاسـتبراء من مـائه،و أمـا بالنسـبه إلی غیره فمـا العله فی سقوطها،و إنما الساقط العده الثانیه فقط لیس إلا،انتهی.

أقول:لا ریب أن ما أورده علیهم ظاهر الورود کما سـیظهر لک إن شاء الله تعالی،إلا أن کلامه أیضا لا یخلو من سهو و غفله،فإنه قـد فرض المسأله فی نکاح قوم لامرأه واحده فی یوم،و هذا لا یتم فیما فصـله و أوضـحه من أنه یتزوجها أحدهم و یدخل بها ثم یطلقها.إلـخ،فإن الطلاق بعـد الـدخول لا یصح عندنا إلا بعد الاسـتبراء بحیضه أو ثلاثه أشـهر،و حینئذ فکیف یمکن ما فرضه من وقوع نکـاح القوم فی یوم واحـد،اللهم إلا أن یکون مراده الرد علی العامه القائلین بجواز الطلاق فی الطهر الـذی واقع فیه من غیر حاجه إلی الاستبراء،و إن کان الظاهر من کلامه إنما هو الرد علی من ذهب من أصحابنا إلی صحه هذه الحیله.

ثم إن من ذهب من أصحابنا إلی ذلک و جوزه فإنما یفرضه فی المتعه حیث إنها تبین بمجرد انقضاء المده أو هبتها.

لکن المفهوم من کلام الفضل بن شاذان (۱)و کلام الشیخ المفید علی ما نقله المرتضی-رحمه الله علیه-فی کتاب المجالس الذی جمعه من کلام الشیخ المفید-رحمه الله علیه-هو إنکار ذلک و تخصیصه بالعامه،مع أنهم یلزمهم مثل ذلک متی قالوا بسقوط العده فی الصوره المذکوره کما سیظهر لک إن شاء الله تعالی،و صوره الإلزام الذی ألزم به الفضل بن شاذان من جواز نکاح عشره لامرأه واحده فی یوم واحد موضعه طلاق الخلع و الطلاق البائن،حیث إن العامه لا یوجبون الاستبراء و یجوزون الطلاق فی الحیض،قال الشیخ المفید-بعد حکایه ما وقع للفضل بن شاذان مع العامه-ما صورته:و الموضع الذی لزمت هذه الشناعه فقهاء العامه دون الشیعه الإمامیه أنهم یجیزون الخلع و الطلاق و الظهار فی الحیض و فی الطهر الذی قد

۱- ۱) أقول:صوره ما حکی عن الفضل فی الکتاب المذکور قال:قد ألزم الفضل بن شاذان فقهاء العامه-علی قولهم فی الطلاق أن یحل للمرأه المسلمه الحره أن یمکن من وطئها فی الیوم الواحد عشره أنفس علی سبیل النکاح،و هذا شنیع فی الدین و منکر فی الإسلام. قال الشیخ:و وجه إلزامه لهم ذلک بأن قال:أخبرونی عن رجل تزوج امرأه علی الکتاب و السنه و ساق إلیها مهرها،أ لیس قد حل له وطؤها،فقالوا و قال المسلمون کلهم: بلی،،قال:فان کرهها عقیب الوطء أ لیس یحل له خلعها؟فما مذهبکم فی تلک الحال؟ قال العامه خاصه:نعم،قال:فان خلعها ثم بدا له بعد ساعه فی العود إلیها أ لیس له أن یخطبها لنفسه؟قالوا:بلی،قال لهم:فان عقد علیها عقد النکاح أ لیس قد عادت الی ما کانت علیه من النکاح و سقطت عنها عده الخلع؟قالوا:بلی،قال:فان رجع الی نیته فی فراقها ففارقها عقیب العقد الثانی من غیر أن یدخل بها ثانیه أ لیس قد بانت منه و لا عده علیها بنص القرآن من قوله تعالی «ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمٰا لَکُمْ عَلَیْهِنَّ مِنْ عِدَّهٍ تَعْتَدُّونَهٰا» ؟فقالوا: نعم،و لا بد لهم من ذلک مع التمسک بالقرآن،قال لهم:قد حلت من وقتها للأزواج إذ لیس علیها عده بنص القرآن،قالوا:بلی،قال:فما تقولون لو صنع بها الثانی کصنع الأول أ لیس یکون قد نکحها اثنان فی بعض یوم من غیر حظر فی ذلک علی أصولکم فی الأحکام،فلا بد من أن یقولوا:بلی،و قال:و کذلک لو نکحها ثالث و رابع الی أن یتم عشره أنفس و أکثر من ذلک الی آخر النهار أ لیس یکون جائزا حلالا؟و هذه من الشناعه بمرتبه لا تلیق بأهل الإسلام.قال الشیخ:و الموضع الی آخر ما هو مذکور فی الأصل،انتهی. (منه-قدس سره-).

حصل فیه جماع من غیر استبانه حمل،و الإمامیه تمنع من ذلک و تقول إن هذا أجمع لا یقع بالحاضره التی تحیض إلا بعد أن تکون طاهرا من الحیض طهرا لم یحصل فیه جماع،فلذلک سلمت مما وقع فیه المخالفون،انتهی.

و ظاهر کلام هؤلاء المشایخ بل الظاهر أنه المشهور هو سقوط العده عن المختلعه و المطلقه ثلاثا لو عقد علیها الزوج بعد ذلک قبل انقضاء العده ثم طلقها قبل الدخول،و أنها یجوز لغیره فی تلک الحال التزویج بها لدخوله تحت عموم الآیه،و لم یتفطن هؤلاء الإعلام إلی أن ما ألزموه العامه من هذه الشناعه التی شنعوا بها علیهم لازمه لهم متی قالوا بهذا القول،و ذلک فإنه لو انقضت عده المستمتعه و تم أجلها أو وهبها ذلک فإنها تبین فی الحال،و لا خلاف فی أنه یجوز لزوجها العقد علیها فی تلک العده،فلو عقد علیها ثم أبرأها قبل الدخول بها فإنه لا عده علیها لکونها غیر مدخول بها،فیجوز لآخر أن یتمتعها و یعمل بها ما عمل و هکذا حسبما شنعوا به علی العامه،و منشأ الغلط فی هذه المسأله هو أن العده إنما تسقط بالنسبه إلی الزوج کما تقدم فی کلام المحدث المتقدم،فإنه یجوز له العقد علیها قبل انقضاء العده لعدم وجوب الاستبراء من مائه الذی هو العله فی وجوب العده،و أما بالنسبه إلی غیر الزوج فلا تسقط،و طلاقه لها ثانیا بعد هذا العقد المجرد عن الدخول لا یؤثر فی سقوط تلک العده الاولی،و إنما یؤثر فی عده هذا الطلاق،و التمسک بظاهر الآیه فی المقام مغالطه،فإنها إنما دلت علی سقوط العده فی الطلاق أو الإبراء الثانی و لا نزاع فیه،و محل النزاع إنما هو العده الاولی و الإبراء الأول،و الآیات و الروایات الداله علی وجوب العده شامله لهذه الصوره،و السقوط إنما ثبت بالنسبه إلی الزوج خاصه بدلیل خاص،و أما غیره فعموم الآیات و الروایات دال علی وجوبها.

و الذی یدل علی ما ذکرنا من الاختصاص بالزوج ما رواه

فی الکافی (1)فی

ص:382

1- 1) الکافی ج 5 ص 459 ح 3،الوسائل ج 14 ص 475 ب 23 ح 3.

الصحیح أو الحسن عن ابن أبی عمیر عمن رواه قال: «إن الرجل إذا تزوج المرأه متعه کان علیها عده لغیره،فإذا أراد هو أن یتزوجها لم یکن علیها منه عده یتزوجها إذا شاء».

و قد وقفت علی رساله فی المتعه الظاهر أنها من تصانیف المحقق الفیلسوف العماد میر محمد باقر الداماد،و قد جنح فیها إلی القول المشهور و لم یتفطن إلی ما فیه من القصور فصرح بأن المستمتعه المحتال فی سقوط عدتها بذلک النحو لا عده علیها لا للعقد الثانی و لا للأول.

و ممن أنکر ذلک و صرح ببطلان هذه الحیله شیخنا البهائی-رحمه الله علیه- فی أجوبه مسائل الشیخ صالح الجزائری حیث قال بعد کلام فی المقام:أما لو دخل بالمتمتع بها ثم أبرأها ثم تمتع بها و أبرأها قبل الدخول فالذی أعتمد علیه أنه لا تحل لغیره العقد علیها إلا بعد العده،و لا فرق بین الإبراء و الطلاق،و ما یوجد فی کتب الأصحاب من جواز ذلک لانخراطه فی سلک المطلقات قبل الدخول لا أعول علیه و لا أقول به،و للکلام فیه مجال واسع لیس هذا محله،و الله أعلم،انتهی.

(و منها)

ما لو أراد التوصل إلی حل نظر یحرم علیه نظرها

،و لمس من یحرم علیه لمسها بأن یعقد الرجل بابنه الصغیر متعه علی امرأه بالغه لأجل أن یحل للأب نظر تلک المرأه المعقود علیها و لمسها،أو یعقد الرجل بابنته الصغیره علی رجل لأجل أن یکون ذلک الرجل محرما لام البنت وجدتها یحل له نظرهما و لمسهما و نحو ذلک،و الظاهر عندی صحه ذلک و أنه یترتب علی هذا العقد ما یترتب علی عقود النکاح،و المقصود منها النکاح،و إن لم یکن هذا العقد مقصودا به النکاح،و قد عرفت مما قدمنا نقله قریبا عن شیخنا الشهید الثانی فی المسالک أنه لا یشترط فی صحه العقد قصد جمیع غایاته المترتبه علیه بل یکفی قصد بعضها، علی أن ما تمسک به من توهم عدم جواز ذلک من أن العقود تابعه للقصود و قصد النکاح هنا غیر موجود.

و فیه(أولا)أنه إن أرید القصد و لو فی الجمله فهو حاصل،و إن أرید القصد إلی کل ما یترتب علی ذلک العقد فعلی مدعی ذلک إثباته بالدلیل،مع أن ظاهر الأدله کما سیظهر لک إنما هو خلاف ذلک.

(و ثانیا)أن الظاهر من الأخبار علی وجه لا یزاحمه الإنکار و هو انخرام هذه القاعده و بطلان ما رتبوه علیها من هذه الفائده کما لا یخفی علی من جاس خلال دیار الأخبار و التقط من لذیذ تلک الثمار.

و ها أنا أتلو علیک ما حضرنی من الأخبار المشار إلیها،فمن ذلک الأخبار الوارده فی التخلص من الربا و الحیله فی دفعه.

و منها ما رواه

فی الکافی (۱)عن محمد بن إسحاق بن عمار قال:

«قلت لأبی الحسن علیه السلام:إن سلسبیل طلبت منی مائه ألف درهم علی أن تربحنی عشره آلاف درهم، فأقرضتها تسعین ألفا و أبیعها ثوبا أو شیئا یقوم علی بألف درهم بعشره آلاف درهم، قال:لا بأس».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۲)عن محمد بن إسحاق بن عمار أیضا قال:

«قلت للرضا علیه السلام:الرجل یکون له المال قد حل علی صاحبه،یبیعه لؤلؤه تسوی مائه درهم بألف درهم،و یؤخر علیه المال إلی وقت؟قال:لا بأس،قد أمرنی أبی علیه السلام ففعلت ذلک.و زعم أنه سأل أبا الحسن علیه السلام عنها فقال له مثل ذلک».

و روی المشایخ الثلاثه (۳)-رحمه الله علیهم-فی الصحیح عن عبد الرحمن بن الحجاج قال:

«سألته علیه السلام عن الصرف-إلی أن قال:-فقلت له:أشتری ألف درهم و دینار بألفی

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۰۵ ح ۹،الوسائل ج ۱۲ ص ۳۷۹ ب ۱۲ ح ۱ و فیهما اختلاف یسیر.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۰۵ ح ۱۰،التهذیب ج ۷ ص ۵۳ ح ۲۸،الوسائل ج ۱۲ ص ۳۸۰ ب ۱۲ ح ۶ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۲۴۶ ح ۹،التهذیب ج ۷ ص ۱۰۴ ح ۵۱،الوسائل ج ۱۲ ص ۴۶۶ ب ۶ ح ۱ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

درهم؟قال:لا بأس،إن أبی کان أجرأ علی أهل المدینه منی،و کان یقول هذا فیقولون إنما هذا الفرار،لو جاء رجل بدینار لم یعط ألف درهم،و لو جاء بألف درهم لم یعط ألف دینار،و کان یقول لهم:نعم الشیء الفرار من الحرام إلی الحلال».

إلی غیر ذلک من الأخبار الوارده کذلک.

و التقریب فیها أنهم علیهم السلام قد حکموا بصحه بیع هذه الأشیاء المذکوره بأضعاف ثمنها الواقعی توصلا إلی الخروج من الوقوع فی الربا،و أصل البیع غیر مقصود البته،و لهذا أنکرته العامه العمیاء،و إنما المقصود ما ذکرناه،و الشارع قد سوغه و جوزه کما نقله عنه نوابه علیه السلام و خلفاؤه علیه السلام و به یظهر أنه لا یشترط قصد جمیع ما یترتب علی ذلک العقد.

(و منها)

الأخبار الداله علی صحه بیع الآبق

(۱)

مع ضمیمه و إن کانت یسیره و الثمار قبل ظهورها أو بلوغ حد الصلاح مع الضمیمه (۲)أیضا،فلو لم یوجد الآبق و لم تخرج الثمار أو خرجت و فسدت کان الثمن فی مقابله الضمیمه،مع أن تلک الأثمان أضعاف ثمن هذه الضمیمه واقعا و العقد أولا،و بالذات لم یتوجه إلی بیع الضمیمه بهذا الثمن الزائد البته،و هم علیهم السلام قد حکموا بصحه البیع فیها بهذا الثمن،و إن کان الغرض من ضمها إنما هو التوصل إلی صحه بیع تلک الأشیاء.

(و منها)

الأخبار الداله علی أن العقد المقترن بالشرط الفاسد صحیح

و إن بطل الشرط کما هو أحد القولین فی المسأله،و جمهور الأصحاب و إن کانوا بناء علی هذه القاعده حکموا ببطلان العقد من أصله،لأن المقصود بالعقد هو المجموع و أصل العقد مجردا عن الشرط غیر مقصود فیکون باطلا،لأن العقود تابعه للقصود

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۰۹ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۶۹ ح ۱۰،الوسائل ج ۲ ص ۲۶۲ ب ۱۱ ح ۱ و ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۷۶ ح ۷،التهذیب ج ۷ ص ۸۴ ح ۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۹ ب ۳ ح ۲.

فما كان مقصودا غير صحيح،و ما كان صحيحا غير مقصود،إلا أن الأخبار ترده فی جمله من الأحكام كما

فی صحيحه محمد بن قيس (۱)عن أبی جعفر عليه السلام

«فی الرجل يتزوج المرأه بمهر إلى أجل مسمى،فإن جاء بصداقها إلى أجل مسمى فهی امرأته،و إن لم يأت بصداقها إلى الأجل فليس له عليها سبيل،و ذلك شرطهم عليه حين أنكحوه،فقضى للرجل أن بيده بضع امرأته و أحبط شرطهم». و نحوه صحيحته الأخرى أيضا.

و حسنه الحلبی (۲)عن أبی عبد الله عليه السلام الوارده فی بريره و

أنها كانت مملوكه لقوم فباعوها عائشه و اشترطوا أن لهم ولاءها،فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:الولاء لمن أعتق.

و روى الكلينی (۳)عن الوشاء عن الرضا عليه السلام قال:

«سمعته يقول:لو أن رجلا تزوج امرأه و جعل مهرها عشرين ألفا و جعل لأبيها عشره آلاف كان المهر جائزا،و الذی جعل لأبيها فاسدا».

و السيد السند صاحب المدارك فی شرح النافع حيث إنه من القائلين بهذه القاعده التجأ فی الواجب عن صحيحتی محمد بن قيس إلى قصرهما على مورديهما بعد أن حكم أنهما فی حكم روايه واحده،و لم يعلم أن الدلاله على ما ذكرناه لا ينحصر فيهما،مع أنه قد اعترف بما ذكرناه فی روايه الوشاء المذكوره فقال:

و يستفاد من هذه الروايه عدم فساد العقد باشتماله على هذا الشرط الفاسد،انتهى.

(و منها)

الأخبار الداله على أن عقد المتعه مع عدم ذكر الأجل فيه ينقلب دائما

كما

فی موثقه عبد الله بن بكير (۴)قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام:إن سمى الأجل فهو متعه،و إن لم يسم الأجل فهو نكاح بات».

۱- ۱) الكافی ج ۵ ص ۴۰۲ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۰ ب ۱۰ ح ۲ و فيهما اختلاف يسير.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۷۹ ح ۴،الوسائل ج ۱۶ ص ۴۰ ب ۳۷ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۳۸۴ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹ ب ۹ ح ۱.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۵۶ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۹ ب ۲۰ ح ۱.

و نحوها روایه أبان بن تغلب (۱)و روایه هشام بن سالم (۲)کما تقدم جمیع ذلک فی المسأله المذکوره.

و قد استشکل جمله من متأخری المتأخرین بناء علی هذه القاعده فی العمل بهذه الأخبار،و هو مجرد استبعاد عقلی فی مقابله النصوص،فإن الدلاله علی هذا الحکم غیر مختص لهذه الأخبار لما عرفت مما تلوناه من الأخبار المذکوره،فإنها صریحه فی رد القاعده المذکوره و بمضمونها قال الأصحاب:فلا وجه لهذا الاستشکال و لا مستند لهذه القاعده إلا مجرد العقل،و إن دل بعض الأخبار فی بعض الجزئیات علی ما تضمنته،إلا أنه لیس علی وجه کلی یوجب کونه قاعده کلیه،و الأحکام الشرعیه توقیفیه تدور مدار الأدله الشرعیه وجودا و عدما،و إن اشتهر بینهم-رضوان الله علیهم-تقدیم الأدله العقلیه علی الأدله النقلیه حتی أنهم فی الکتب الاستدلالیه تراهم فی جمله الأحکام إنما یبدأون بالأدله العقلیه ثم یردفونها بالأدله النقلیه،و هو غلط محض کما أوضحناه بما لا مزید علیه فی جمله من زبرنا.

و بالجمله فإن الظاهر مما تلوناه من الأخبار المذکوره هو عدم الاعتماد علی هذه القاعده،إلا أن تحمل علی ما قدمنا ذکره آنفا من القصد و لو فی الجمله،و به تنطبق علی هذه الأخبار کما لا یخفی علی ذوی الأفکار،و فی هذه المسأله توهمات أخر قد بینا فسادها فی کتابنا«الدرر النجفیه من الملتقطات الیوسفیه» من أحب الوقوف علیها فلیرجع إلیه.

[فی الموارد التی دلت الأخبار علی جواز الحلف بغیر الواقع]

(و منها)ما لو کان علیه دین قد بریء منه بالأداء إلی صاحبه،أو إبراء صاحبه من ذلک الدین فادعی علیه و خاف من دعوی الأداء أو الإبراء أن تنقلب الیمین إلی المدعی لعدم البینه فأنکر الاستدانه من رأس،فإنه یجوز له أن یحلف علی ذلک بشرط التوریه لیخرج من الکذب علی ما صرح به الأصحاب من غیر خلاف یعرف.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۵۵ ح ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۰ ب ۲۰ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۵۵ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۰ ب ۲۰ ح ۳.

و المراد بالتوریه بأن یقصد بمدلول اللفظ إلی أمر غیر ما یدل ظاهر اللفظ بأن یقصد بقوله«ما استدنت منک»نفی الاستدانه فی مکان مخصوص أو زمان مخصوص غیر الزمان أو المکان الذی وضعت فیه الاستدانه واقعا،أو یقصد نوعا من المال غیر الذی استدانه فینوی فی حال حلفه علی أحد هذه الوجوه ما کان الضروره حیث إنه بریء الذمه واقعا غیر مخاطب بالأداء شرعا.هذا إذا کان المدعی علیه مظلوما کما عرفت،فإن التوریه فی یمینه لدفع ذلک الظلم جائزه شرعا.

و أما لو کان المدعی محقا فأنکر المدعی علیه و حلف موریا بها یخرجه عن الکذب فإنه لا تفیده التوریه هنا،لأن الیمین هنا علی نیه المدعی و قصده دون المدعی علیه،فیترتب علی هذه الیمین ما یترتب علی من حلف بالله کاذبا من الإثم و المؤاخذه.

و الذی وقفت علیه من الأخبار المتعلقه بهذا المقام ما رواه

فی الکافی (1)فی الصحیح أو الحسن عن صفوان قال:

«سألت أبا الحسن علیه السلام عن الرجل یحلف و ضمیره علی غیر ما حلف علیه،قال:الیمین علی الضمیر».

و ما رواه فی الکافی و الفقیه (2)عن إسماعیل بن سعد الأشعری فی الصحیح عن الرضا علیه السلام مثله.

و ما رواه

فی الکافی (3)عن مسعده بن صدقه قال:

«سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:و سئل عما یجوز و ما لا یجوز فی النیه علی الإضمار فی الیمین فقال:

قد یجوز فی موضع و لا یجوز فی آخر،فأما ما یجوز فإذا کان مظلوما فیما حلف

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۴۴۴ ح ۳،الوسائل ج ۱۶ ص ۱۵۰ ب ۲۱ ح ۲ و فیهما اختلاف یسیر.
۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۴۴۴ ح ۲،الفقیه ج ۳ ص ۲۳۳ ح ۳۰،الوسائل ج ۱۶ ص ۱۴۹ ب ۲۱ ح ۱.
۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۴۴۴ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۲۸۰ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۶ ص ۱۴۹ ب ۲۰ ح ۱ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

علیه و نوی الیمین فعلی نیته،و أما إذا کان ظالما فالیمین علی نیه المظلوم.

أقول:و بما دل علیه الخبر الثانی یجب تخصیص الخبر الأول بضمیر المظلوم فقوله«الیمین علی الضمیر»یعنی ضمیر المظلوم،و هو خاص بالصوره الاولی من الصورتین المتقدمتین،و من الخبر الثانی یظهر أن التوریه فی الصوره الثانیه لا تفید صاحبها فائده لأنه علیه السلام حکم فی هذه الصوره بأن الیمین علی نیه المظلوم و قصده، فلا أثر للتوریه حینئذ فی هذه الصوره من الظالم،و یظهر من جمله من الأخبار جواز الحلف فی مثل هذه المقام و الاخبار بغیر الواقع و إن لم یرتکب التوریه،و موردها ما إذا لم یکن التوصل إلی حقه أو دفع الضرر عن نفسه إلا بتلک الیمین الکاذبه فإنه یجوز له الحلف و الحال هذه،و ما نحن فیه من قبیل الثانی و هو دفع الضرر عن نفسه.

و من الأخبار المشار إلیها ما رواه

فی الفقیه (۱)بطریقه إلی ابن بکیر عن زراره قال:

«قلت لأبی جعفر علیه السلام:نمر بالمال علی العشار فیطلبون منا أن نحلف لهم و یخلون سبیلنا،و لا یرضون منا إلا بذلک،قال:فاحلف لهم،فهو أحلی من التمر و الزبد».

و ما رواه

فی التهذیب (۲)فی الصحیح عن الولید بن هشام المرادی-و هو مهمل- قال:

«قدمت من مصر و معی رقیق،و مررت بالعشار فسألنی،فقلت:هم أحرار کلهم.فقدمت المدینه فدخلت علی أبی الحسن علیه السلام فأخبرته بقول العشار،فقال:

لیس علیک شیء».

و ما رواه

فی الفقیه (۳)فی الصحیح عن الحلبی قال:

«سألته عن الرجل یحلف

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۲۳۰ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۶ ص ۱۳۵ ب ۱۲ ح ۶.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۸۴ ح ۸،التهذیب ج ۸ ص ۲۸۹ ح ۶۰،الوسائل ج ۱۶ ص ۷۱ ب ۶۰ ح ۱ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۲۳۱ ح ۲۱،الوسائل ج ۱۶ ص ۱۳۵ ب ۱۲ ح ۸.

لصاحب العشور،یجوز بذلک ماله؟قال:نعم».

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن محمد بن مسعود الطائی قال:

«قلت لأبی الحسن علیه السلام إن أمی تصدقت علی بدار لها-أو قال:بنصیب لها فی دار-فقالت لی:

استوثق لنفسک،فکتبت إنی اشتریت و أنها قد باعتنی و أقبضت الثمن،فلما ماتت قال الورثه:احلف إنک اشتریت و نقدت الثمن،فإن حلفت لهم أخذته،و إن لم أحلف لهم لم یعطونی شیئا،قال:فقال:احلف و خذ ما جعلت لک».

و ما رواه

فی الفقیه و التهذیب (۲)عن محمد بن أبی الصباح قال:

«قلت لأبی الحسن علیه السلام:إن أمی تصدقت علی بنصیب لها فی دار،فقلت لها:إن القضاه لا یجیزون هذا،و لکن اکتبیه شراء،فقالت:اصنع من ذلک ما بدا لک فی کل ما تری أنه یسوغ لک،فتوثقت،فأراد بعض الورثه أن یستحلفنی أنی قد نقدتها الثمن و لم أنقدها شیئا،فما تری؟فقال:احلف لهم».

و احتمال تقیید إطلاق هذه الأخبار بالأوله و إن أمکن إلا أن الظاهر أنه لا یخلو من بعد،و من أراد الاطلاع علی ما یزید ما ذکرنا من المواضع التی ذکرها الأصحاب فی أمثله الاحتیال فلیراجع إلی مطولاتهم.

الفصل الثالث فی العدد:

اشاره

جمع عده،و هی علی ما ذکره الجوهری (۳)أیام أقراء المرأه.و نحوه فی القاموس، (۴)و زاد أیام حدادها علی الزوج.و فی النهایه الأثیریه (۵)عده المرأه

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۳۲ ح ۱۷ مع اختلاف یسیر.
۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۲۲۸ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۲۸۷ ح ۴۸،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۱۰ ب ۹ ح ۵ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.
۳- ۳) الصحاح ج ۲ ص ۵۰۶.
۴- ۴) القاموس ج ۱ ص ۳۲۴ مع اختلاف یسیر.

٥- ٥) النهايه لابن الأثير ج ٣ ص ١٩٠.

المطلقه و المتوفى عنها زوجها ما تعده من أيام أقرائها و أيام حملها،أو أربعه أشهر و عشر ليال.و عرفها شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك (۱)بأنها شرعا اسم لمده معدوده تتربص فيها المرأه لمعرفه براءه رحمها أو للتعبد أو التفجع على الزوج،و شرعت صيانه للأنساب و تحصينا لها عن الاختلاط،و الأصل فى وجوب العده قبل الإجماع الآيات القرآنيه و الأخبار المعصوميه عليهم السلام.

قال عز شأنه «وَ الْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَهَ قُرُوءٍ» (۲)«وَ اللاّئِی یَئِسْنَ مِنَ الْمَحِیضِ مِنْ نِسائِکُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَهُ أَشْهُرٍ وَ اللاّئِی لَمْ یَحِضْنَ وَ أُولاتُ الْأَحْمالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ یَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» (۳)«وَ الَّذِینَ یُتَوَفَّوْنَ مِنْکُمْ وَ یَذَرُونَ أَزْواجاً یَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَهَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً» (۴)«ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَما لَکُمْ عَلَیْهِنَّ مِنْ عِدَّهٍ تَعْتَدُّونَها» (۵).

و أما الأخبار فهى متواتره متكاثره و ستمر بك-إن شاء الله تعالى-فى الأبحاث الآتيه.

قال فى المسالك (۶)و اعلم أن المده المستدل بمضيها على براءه الرحم تتعلق تاره بالنكاح و وطء الشبهه و تشتهر باسم العده،و اخرى بملك اليمين،و إما حصولا فى الابتداء أو زوالا فى الانتهاء،و تشتهر باسم الاستبراء،و النوع الأول منه ما يتعلق بفرقه بين الزوجين،و هو حى كفرقه الطلاق و اللعان و الفسوخ، و يشمله عده الطلاق لأنه أظهر أسباب الفراق،و حكم العده وطء الشبهه حكمها، و إلى ما يتعلق بفرقه تحصل بموت الزوج و هى عده الوفاه،انتهى.

أقول:و الكلام فى هذا الفصل يقع فى مقامات

[المقام] الأول [فى أنه لا عده على الزوجه الغير المدخول بها]

اشاره

أجمع العلماء من الخاصه و العامه على أنه لا عده على الزوجه الغير المدخول بها،سواء بانت بطلاق أو فسخ

۱- ۱) مسالک الافهام ج ۲ ص ۳۴ مع اختلاف یسیر.

۲- ۲) سوره البقره-آیه ۲۲۸.

۳- ۳) سوره الطلاق-آیه ۴.

۴- ۴) سوره البقره-آیه ۲۳۴.

۵- ۵) سوره الأحزاب-آیه ۴۹.

۶- ۶) مسالک الافهام ج ۲ ص ۳۴ مع اختلاف یسیر.

لأن الغرض منها براءه الرحم،نعم خرج من هذا الحكم المتوفى عنها زوجها للاتفاق نصا و فتوى على وجوب العده فى الحال المذكور.

و مما يدل على نفى العده فى غير الوفاه الآيه و الأخبار المتكاثره.قال الله عز و جل «ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمٰا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهٰا» .

و من الأخبار فى ذلک ما رواه

فى الكافى و التهذيب (۱)عن أبى بصير عن أبى عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل إذا طلق امرأته و لم يدخل بها،فقال:قد بانت منه و تزوج من ساعتها إن شاءت».

و ما رواه

فى الكافى (۲)فى الصحيح عن زراره عن أحدهما عليهما السلام

«فى رجل تزوج امرأه بكرا ثم طلقها قبل أن يدخل بها ثلاث تطليقات فى كل شهر تطليقه، قال:بانت منه فى التطليقه الاولى و اثنتان فضل،و هو خاطب يتزوجها متى شاءت و شاء بمهر جديد،قيل له:فله أن يراجعها إذا طلقها تطليقه واحده قبل أن تمضى ثلاثه أشهر؟قال:لا،إنما كان يكون له أن يراجعها لو كان دخل بها أولا، فأما قبل أن يدخل بها فلا رجعه له عليها قد بانت منه ساعه طلقها».

و عن الحلبى (۳)فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله علیه السلام قال:

«إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فليس عليها عده تزوج من ساعتها إن شاءت، و بينهما تطليقه واحده،و إن كان فرض لها مهرا فلها نصف ما فرض». إلى غير ذلک من الأخبار.

و أما ما ذكرنا من خروج عده الوفاه عن هذا الضابط المذكور فستأتى

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۸۳ ح ۱،التهذيب ج ۸ ص ۶۴ ح ۱۲۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۴ ب ۱ ح ۶ و ما فى المصادر«و تزوج ان شاءت من ساعتها».

۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۸۴ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۳ ب ۱ ح ۲ و فيهما اختلاف يسير.

۳- ۳) الكافى ج ۶ ص ۸۳ ح ۳،التهذيب ج ۸ ص ۶۴ ح ۱۳۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۴ ب ۱ ح ۴ و ما فى المصادر«و تبينها»بدل«و بينهما».

الأخبار الداله علیه عند ذکر المسأله إن شاء الله تعالی.

[تنبیهات]

اشاره

بقی الکلام هنا فی مواضع بها یتم تنقیح المقام

الأول [فی أن المراد بالدخول الوطء الموجب للغسل]

الظاهر أنه لا خلاف بین الأصحاب-إذ لم ینقل هنا خلاف فی الباب-فی أن المراد بالدخول الوطء قبلا أو دبرا وطئا موجبا للغسل.

و استدل علی ذلک بقول

أبی عبد الله علیه السلام فی حسنه الحلبی (۱)فی رجل دخل بامرأه

«إذا التقی الختانان وجب المهر و العده». و بهذا المضمون أخبار عدیده.

و صحیحه عبد الله بن سنان (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«ملامسه النساء هو الإیقاع».

و فی الصحیح عن عبد الله بن سنان (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سأله أبی و أنا حاضر عن رجل تزوج امرأه فأدخلت إلیه فلم یمسها و لم یصل إلیها حتی طلقها،هل علیها عده منه؟فقال:إنما العده من الماء،قیل له:فإن کان واقعها فی الفرج و لم ینزل؟فقال:إذا أدخله وجب الغسل و المهر و العده».

و فی الموثق عن یونس بن یعقوب (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سمعته یقول:لا یوجب المهر إلا الوقاع فی الفرج».

إلی غیر ذلک من الأخبار التی من هذا القبیل،و عندی فیما ذکروه-رحمه الله علیهم-من شمول الدخول المترتبه علیه هذه الأحکام المذکوره فی هذه الأخبار للوطء فی الدبر إشکال،فإنی لم أقف علی نص صریح فی ذلک سیما مع ما تقدم من الخلاف نصا و فتوی فی إیجاب الوطء فی الدبر للغسل کما تقدم فی کتاب الطهاره مع ترجیح العدم کما تقدم،و الاستناد فی ذلک إلی هذه الأخبار

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۰۹ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۵ ب ۵۴ ح ۳ و فیهما اختلاف یسیر.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۰۹ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۵ ب ۵۴ ح ۲ و فیهما اختلاف یسیر.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۰۹ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۵ ب ۵۴ ح ۱ و فیهما اختلاف یسیر.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۴۶۴ ح ۶۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۶ ب ۵۴ ح ۶.

و نحوها لا يخلو من غموض.

قال السيد السند فی شرح النافع بعد استدلال الأصحاب بصحيحه عبد الله ابن سنان الثانيه:و ربما تناول هذه الروايه بإطلاقها الوطء فی الدبر،انتهی.

و يضعف بأنه من المقرر فی كلامهم كالقاعده الكليه عندهم أن الإطلاق إنما ينصرف إلی الأفراد المتكثره الشائعه،فإنها هی التی يحمل عليها الإطلاق و يتبادر إلی الفهم دون الفروض النادره،و لا ريب أن الفرد الشائع فی الوطء إنما هو الجماع فی القبل لأنه هو المندب إليه و المحثوث إليه سيما مع كراهه الآخر،بل قيل بتحريمه.و بالجمله فالمسأله عندی لا تخلو من توقف و إشكال.

الثانی [عدم الفرق بين وطء الكبير و الصغير]

نقل عن جمع من الأصحاب أنه لا فرق بين وطء الكبير و الصغير و إن نقص سنه،عن زمان إمكان التولد منه عاده لإطلاق النص.

قال فی المسالك:و اعلم أنه لا فرق بين وطء الصبی القاصر عن سن من يصلح للولاده له و غيره لوجود المقتضی،و هو الوطء الذی جعل مناطا لها كوطء الكبير بتغيب الحشفه خاصه من غير إنزال،و يتغلب جانب التعبد هنا نظرا إلی تعليق الحكم بالوجه المنضبط،انتهی.

و عندی فی المسأله نوع توقف لما عرفت من أن الطلاق فی الأخبار إنما تحمل علی الأفراد الشائعه المتعارفه المتكرره،و هی هنا البالغ دون الصغير،فإنه نادر بل مجرد فرض،و الحمل علی البالغ الذی أولج من غير إنزال-كما ذكره و دلت عليه صحيحه عبد الله بن سنان الثانيه-لا يخرج عن القياس.

و الأحكام الشرعيه كما قدمنا ذكره فی غير موضع منوطه بالأدله الصريحه الواضحه و هی هنا خفيه و غير لائحه،و يمكن الاستئناس لذلك بما تقدم فی خبر الواسطی (1)المذكور فی صدر الفصل الأول الدال علی عدم حصول التحليل بالغلام الذی لم يحتلم حتی يبلغ،فإن فيه إيماء إلی عدم ترتب الأحكام الشرعيه علی

1- 1) الكافی ج 6 ص 76 ح 6،الوسائل ج 15 ص 267 ب 8 ح 1.

نكاح غير البالغ،التی من جملتها التحليل.و بالجمله فالحكم عندی غير خال من شوب التوقف و الاشكال.

الثالث [هل يلحق بالوطء دخول المنی المحترم فی الفرج؟]

قد صرح جماعه من الأصحاب منهم شيخنا فی المسالك و سبطه فی شرح النافع بأنه يلحق بالوطء دخول المنی المحترم فی الفرج فيلحق به الولد إن فرض،و تعتد بوضعه،و ظاهرهم عدم وجوب العده بدون الحمل هنا،و عندی فيه توقف أيضا لعدم الوقوف علی نص يصلح دليلا لهذا الإلحاق.

الرابع [فی وجوب العده علی مدخوله الخصی]

ظاهر كلام الأصحاب-و به صرح فی المسالك-وجوب العده علی مدخوله الخصی،فإنه و إن لم ينزل و لكنه يولج فيكون بمنزله الفحل الذی يولج و لا ينزل،و المعتبر فی هذا الباب هو الإيلاج خاصه كما عرفت،و عليه دلت الأخبار.

و يدل علی ما ذكروه من وجوب العده هنا ما رواه

فی الكافی و الفقيه (۱)عن أبی عبيده فی الصحيح قال:

«سئل أبو جعفر عليه السلام عن خصی تزوج امرأه و فرض لها صداقا و هی تعلم أنه خصی،فقال:جائز،فقيل:فإنه مكث معها ما شاء الله ثم طلقها،هل عليها عده؟قال:نعم،أ ليس قد لذ منها و لذت منه» (۲)الحديث.

إلا أنه

قد روی الشيخ فی التهذيب (۳)فی الصحيح عن أحمد بن محمد بن عيسی

۱- ۱) الكافی ج ۶ ص ۱۵۱ ح ۱،الفقيه ج ۳ ص ۲۶۸ ح ۵۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۸ ب ۱۳ ح ۴ و ما فی المصادر اختلاف يسير.

۲- ۲) و تمام الخبر المذكور«.قيل له:فهل كان عليها فيما كان يكون منه و فيها غسل؟قال:فقال:ان كانت إذا كان ذلك منه أمنت،فإن عليها غسلا،و قيل له:فهل له أن يرجع بشیء من صداقها إذا طلقها؟فقال:لا». أقول:ما دلت عليه من تخصيص وجوب الغسل عليها بحصول الأمناء منها دون مجرد الإيلاج كما هو القاعده الكليه لا يخلو من التأمل لاستفاضه الأخبار بأنه إذا أدخله فقد وجب عليه الغسل و المهر و الرجم.(منه-قدس سره-).

۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۳۷۵ ح ۸۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲ ب ۴۴ ح ۱ و فيهما اختلاف يسير.

عن أحمـد بن محمـد بن أبى نصـر قال: «سـئل الرضا عليه السـلام عن خصـى تزوج امرأه على ألف درهم ثم طلقها بعد ما دخل بها،قال:لها الألف الذى أخذت منه و لا عده عليها».

و جمع المحدث الكاشانى فى الوافى (۱)و المفاتيح بين الخبرين بحمل العده فى الخبر الأول على الاستحباب.

و فيه أن وجوب العـده هو مقتضـى القواعـد الشـرعيه و الضوابـط المرعيه المسـتفاده من الأخبـار المعصوميه لمـا عرفت من دلاله الأخبار(۲)على أن منـاط العـده هو الإيلاـج و إن لم يحصـل إنزال،و إطلاـق الأخبـار شامل للخصـى و غيره،مؤيـدا ذلك باتفاق الأصـحاب على الحكم المـذكور،و تخرج صـحيحه أبى عبيـده المـذكوره شاهـده على ذلـك،فـالواجب جعل التأويل فى جانب الروايه الثانيه المخالفه لتلك القواعد المذكوره،لا الاولى.

و لو كان الرجل مجبوبا-و هو مقطوع الـذكر و سـليم الأنثيين-فالمشـهور أنه لا عـده على المرأه لعـدم حصول الـدخول الذى هو مناط ذلك.

ص: ۳۹۶

۱- ۱) الوافى ج ۳ ص ۱۸۰ ب ۱۸۷.

و نقل عن الشیخ فی المبسوط وجوب العده محتجا بإمکان المساحقه.و رد بأن مجرد الإمکان غیر کاف فی الوطء الکامل.

و الحق فی الجواب أن الحکم بالوجوب یتوقف علی الـدلیل،و غایه ما دلت علیه الأخبار هو إدخال الـذکر علی الوجه المتقدم،و هو غیر حاصل.نعم لو ظهر بها حمل لحقه الولد،و اعتدت حینئذ بوضعه کما ذکره الأصحاب.

و أما الممسوح الذی لم یبق له شـیء و لا یتصور منه دخول فقد صرح الأصحاب بأنه لو أتت منه بولد لم یلحقه علی الظاهر،و لا یجب علی زوجته منه عده، و ربما قیل:حکمه حکم المجبوب،و هو بعید.

الخامس:لا عده للحامل من الزنا

بلا خلاف،فیجوز لها التزویج قبل الوضع، و أما مع عدمه فالمشهور أنه کذلک،لأن الزنا لا حرمه له،و به علل الأول أیضا و أثبتها العلامه فی التحریر.قال فی المسالک:و لا بأس به،حذرا من اختلاط المیاه و تشویش الأنساب.

أقول:و هذا القول و إن ندر فهو المختار لما دل علیه من الأخبار،و منها ما رواه

فی الکافی (1)عن إسحاق بن جریر عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت له:الرجـل یفجر بـالمرأه ثم یبـدو له فی تزویجهـا،هـل یحـل له ذلک؟قال:نعم إذا هو اجتنبها حتی تنقضـی عـدتها باسـتبراء رحمها من ماء الفجور فله أن یتزوجها،و إنما یجوز له تزویجها بعد أن یقف علی توبتها».

و ما رواه

الحسن بن علی بن شعبه فی کتاب تحف العقول (2)عن أبی جعفر محمد بن علی الجواد علیه السلام

«أنه سئل عن رجل نکـح امرأه علی زنا،أ تحل له أن یتزوجها؟ فقال:یدعها حتی یسـتبرئها من نطفته و نطفه غیره،إذ لا یؤمن منها أن یکون

١- ١) الکافی ج ۵ ص ٣۵۶ ح ۴،الوسائل ج ١۴ ص ٣٣٠ ب ١١ ح ۴ و ج ١۵ ص ۴٧۶ ب ۴۴ ح ١.
٢- ٢) تحف العقول ص ۴۵۴،الوسائل ج ١۵ ص ۴٧۶ ب ۴۴ ح ٢.

قد أحدثت مع غيره حدثا كما أحدثت معه،ثم يتزوج بها إذا أراد،فإنما مثلها مثل نخله أكل رجل منها حراما فأكل منها حلالا».

و بذلك يظهر لك ما فى قولهم إن الزنا لا حرمه له،و قد تقدم تحقيق البحث فى ذلك (1)و يأتى إن شاء الله فى المباحث الآتيه ما يشير إليه أيضا.

السادس [عدم وجوب العده بالخلوه]

المشهور أنه لا تجب العده بالخلوه،و نقل عن ابن الجنيد القول بالوجوب حيث قال على ما نقله عنه السيد السند فى شرح النافع:الأغلب فى من خلا بزوجته،و لا مانع له عنها وقوع الوطء إن كانت ثيبا،و الالتذاذ بما ينزل به الماء إذا كانت بكرا،و إن كان زمان اجتماعهما يمكن ذلك فيه حكم عليه بالمهر، و عليها بالعده إن وقع الطلاق،إلا أنه ربما عرض أمور لا يمكن إشهاده على إيقاعه و الإنسان على نفسه بصيره.

أقول:قد تقدم تحقيق الكلام فى هذا المقام فى بحث المهور فى كتاب النكاح (2)و ملخصه أن الموجب للمهر و العده إنما هو المواقعه دون مجرد الخلوه إلا فى مقام التهمه بأن يخلو بها،و تدل القرائن على الوقاع،و مع هذا يعترف الزوجان بعدمه، فإنه لا يقبل قولهما لقيام التهمه.

و أما الأخبار الداله بظاهرها على ثبوت ذلك بمجرد الخلوه فسبيلها الحمل على التقيه دون ما ذكره أصحابنا من التأويل فإنه بعيد كما أوضحناه ثمه.

المقام الثانى:فى المستقيمه الحيض

اشاره

،و هى تعتد بثلاثه أقراء،و هى الأطهار على الأشهر الأظهر إذا كانت حره سواء كانت تحت حر أو عبد.و تفصيل هذا الإجمال على وجه يتضح به الحال يقع فى مواضع:

١- ١) أقول:تقدم ذلك فى التنبيهات-التى بعد الإلحاق-المشتمله على جمله من أحكام الزنا من المقام الثانى من المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهره من كتاب النكاح. (منه-قدس سره-).راجع الحدائق ج ٢٣ ص ٥٠٢.

٢- ٢) الحدائق ج ٢٤ ص ٥٠٥-٥١١.

الأول [فی معنی القرء]

القرء-بالفتح و الضم-یجمع علی أقراء و قروء،سواء کان بمعنی الطهر أو الحیض،و نقل عن بعض أهل اللغه أنه بالفتح الطهر و یجمع علی فعول کحرث و حروث و ضرب و ضروب،و القرء بالضم الحیض و یجمع علی أقراء مثل قفل و أقفال.

قال فی المسالک (۱)بعد نقل ذلک:و الأشهر عدم الفرق بین الضم و الفتح و أنه یقع علی الحیض و الطهر جمیعا بالاشتراک اللفظی أو المعنوی.

أقول:فی کتاب المصباح المنیر (۲)للفیومی:و القرء فیه لغتان:الفتح و جمعه قرء و أقراء مثل فلس و إفلاس و أفلس،و الضم و یجمع علی أقراء مثل قفل و أقفال،قال أئمه اللغه:و یطلق علی الطهر و الحیض،و حکاه ابن فارس أیضا.انتهی،و هو ظاهر فی القول المشهور کما أشار إلیه شیخنا المذکور.

و کیف کان فقد اختلفوا فی إطلاق هذا اللفظ علیهما فقیل:إنه حقیقه فی الطهر مجاز فی الحیض،فإن القرء بمعنی الجمع و الطهر هو الذی یجمع الدم فی بدنها و یحبسه فی الرحم،و قیل بالعکس لأن المرأه لا تسمی من ذوات الأقراء إلا إذا حاضت،و قیل:الأشهر الأظهر أنه مشترک بینهما کسائر الأسماء المشترکه، و رجح الأولان بأن المجاز خیر من الاشتراک،و یرده نص أهل اللغه علی الاشتراک کما عرفت من عباره المصباح المنیر،و لا رجحان للمجاز علیه بعد ثبوته.

الثانی:المراد بالمستقیمه الحیض

هی من کان الحیض یأتیها علی عاده النساء فی کل شهر مره،و فی معناها من کانت تعتاد الحیض فیما دون الثلاثه أشهر،فإن حکمها الاعتداد بالأقراء کما سیأتی بیانه إن شاء الله تعالی.

و فسرها شیخنا فی المسالک (۳)بأنها معتاده الحیض وقتا و عددا،و فی حکمها

۱- ۱) مسالک الافهام ج ۲ ص ۳۵.

۲- ۲) المصباح المنیر ج ۱ ص ۶۸۷ مع اختلاف یسیر.

۳- ۳) قال قدس سره[مسالک الافهام ج ۲ ص ۳۶]:المراد بمستقیمه الحیض معتاده الحیض وقتا و عددا،و ان استحیضت بعد ذلک فإنها ترجع فی الحیض الی عادتها و تجعل ما سواها طهرا و فی حکمها المعتاده وقتا خاصه لأنها بحسب أوله مستقیمه الحیض،و انما یلحق بالمضطربه فی آخره.انتهی(منه-قدس سره-).

معتادته وقتا خاصه و أورد علیه بأنه غیر واضح،لأن من اعتادت الحیض فیما زاد علی ثلاثه أشهر لا تعتد بالأقراء و إن کانت لها عاده وقتا و عددا،انتهی و هو جید.

الثالث [فی الأخبار الداله أن المطلقه تبین عند الحیضه الثالثه]

لا خلاف بین العلماء من الخاصه و العامه فی أن الحره المطلقه المدخول بها و من فی معناها إذا کانت علی الوجه المتقدم تعتد بثلاثه أقراء کما قال عز شأنه «وَ الْمُطَلَّقاتُ یَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَهَ قُرُوءٍ» (۱)و هو خبر فی معنی الأمر.

و إنما الخلاف فی المراد من الآیه و أنه أی المعنیین الطهر أو الحیض؟ لما عرفت من إطلاقه علیها،و المعروف من مذهب الأصحاب أنه الطهر:و علیه تدل جمله من الأخبار،و قیل:إنه الحیض،و علیه تدل جمله منها أیضا.

فمن الأخبار الداله علی الأول ما رواه

فی الکافی (۲)عن زراره فی الصحیح أو الحسن عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«قلت له:أصلحک الله رجل طلق امرأته علی طهر من غیر جماع بشهاده عدلین،فقال:إذا دخلت فی الحیضه الثالثه فقد انقضت عدتها و حلت للأزواج،قلت له:أصلحک الله إن أهل العراق یروون عن علی علیه السلام أنه قال:هو أحق برجعتها ما لم تغتسل من الحیضه الثالثه،فقال:کذبوا».

و عن زراره (۳)عن أبی جعفر علیه السلام فی الصحیح قال:

«المطلقه إذا رأت الدم من الحیضه الثالثه فقد بانت منه».

و عن زراره (۴)فی الموثق بأسانید عدیده عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«أول دم رأته

۱- ۱) سوره البقره-آیه ۲۲۸.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۸۶ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۲۳ ح ۲۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۶ ب ۱۵ ح ۱ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۸۷ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۸ ب ۱۵ ح ۷.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۸۷ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۸ ب ۱۵ ح ۹.

من الحیضه الثالثه فقد بانت منه».

و عن إسماعیل الجعفی (۱)فی الموثق عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«قلت له:رجل طلق امرأته،قال:هو أحق برجعتها ما لم تقع فی الدم من الحیضه الثالثه».

و عن زراره (۲)فی الصحیح عن أحدهما علیهما السلام قال:

«المطلقه ترث و تورث حتی تری الدم الثالث:فإذا رأته فقد انقطع».

و عن زراره (۳)فی الموثق عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سمعته یقول:المطلقه تبین عند أول قطره من الدم فی القرء الأخیر».

و عن إسماعیل الجعفی (۴)فی الموثق عن أبی جعفر علیه السلام

«فی الرجل یطلق امرأته،فقال:هو أحق برجعتها ما لم تقع فی الدم الثالث».

و ما رواه

فی التهذیب (۵)عن زراره قال:

«قلت لأبی جعفر علیه السلام:إنی سمعت ربیعه الرأی یقول:إذا رأت الدم من الحیضه الثالثه بانت منه،و إنما القرء ما بین الحیضتین،و زعم أنه إنما أخذ ذلک برأیه،فقال أبو جعفر علیه السلام:کذب،لعمری ما قال ذلک برأیه و لکنه أخذه عن علی علیه السلام،قال:قلت:و ما قال علی فیها؟قال:

کان یقول:إذا رأت الدم من الحیضه الثالثه فقد انقضت عدتها و لا سبیل له علیها، و إنما القرء ما بین الحیضتین،و لیس لها أن تتزوج حتی تغتسل من الحیضه الثالثه».

و عن محمد بن مسلم (۶)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یطلق امرأته متی تبین منه؟قال:حین یطلع الدم من الحیضه الثالثه تملک نفسها،قلت:فلها

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۸۷ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۷ ب ۱۵ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۸۷ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۷ ب ۱۵ ح ۳.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۸۷ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۹ ب ۱۵ ح ۱۰.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۸۷ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۹ ب ۱۵ ح ۱۱.

۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۸۸ ح ۹،التهذیب ج ۸ ص ۱۲۳ ح ۲۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۷ ب ۱۵ ح ۴ و ما فی المصادر«و ما قال فیها علی».

۶- ۶) الکافی ج ۶ ص ۸۸ ح ۱۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۲۴ ح ۳۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۲ ب ۱۶ ح ۱.

أن تتزوج فی تلک الحال؟قال:نعم،و لکن لا تمکن من نفسها حتی تطهر من الدم».

و ما رواه

فی الکافی (1)عن زراره فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«المطلقه تبین عند أول قطره من الحیضه الثالثه«قال:قلت:بلغنی أن ربیعه الرأی قال:من رأیی أنها تبین عند أول قطره،فقال:کذب ما هو من رأیه،إنما هو شیء بلغه عن علی علیه السلام».

و عن زراره (2)فی الصحیح أو الحسن قال:

«سمعت ربیعه الرأی یقول:

إن من رأیی أن الأقراء التی سمی الله عز و جل فی القرآن إنما هو الطهر بین الحیضتین،فقال:کذب لم یقله برأیه،و لکنه إنما بلغه عن علی علیه السلام،فقلت:

أصلحک الله کان علی علیه السلام یقول ذلک؟فقال:نعم إنما القرء الطهر تقرأ فیه الدم فتجمعه فإذا جاء الحیض دفعته».

و عن زراره (3)فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«القرء ما بین الحیضتین».

و عن محمد بن مسلم (4)عن أبی جعفر علیه السلام فی الصحیح أو الحسن مثله.

و عن زراره (5)عن أبی جعفر علیه السلام فی الحسن قال:

«الأقراء هی الأطهار».

و عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله (6)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المرأه إذا طلقها زوجها متی تکون هی أملک بنفسها؟قال:إذا رأت الدم من الحیضه الثالثه فهی أملک بنفسها،قلت:فإن عجل الدم علیها قبل أیام قرئها؟فقال:

إذا کان الدم قبل عشره أیام فهو أملک بها و هو من الحیضه التی طهرت منها،فإن

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۸۷ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۸ ب ۱۵ ح ۸ و فیهما«عن أبی عبد الله».

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۸۹ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۵ ب ۱۴ ح ۴ مع اختلاف یسیر.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۸۹ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۱۲۲ ح ۲۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۴ ب ۱۴ ح ۱.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۸۹ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۱۲۲ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۴ ب ۱۴ ح ۲.
۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۸۹ ح ۴ و فیه«عن أبی عبد اللّه»،التهذیب ج ۸ ص ۱۲۳ ح ۲۴، الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۴ ب ۱۴ ح ۳.
۶- ۶) الکافی ج ۶ ص ۸۸ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۳ ب ۱۷ ح ۱.

كان الدم بعد العشره أيام فهو من الحيضه الثالثه و هى أملك بنفسها».

و ما رواه

الفضل بن الحسن الطبرسى فى كتاب مجمع البيان و العياشى فى تفسيره (۱)عن زراره عن أبى جعفر عليه السلام

«أن عليا عليه السلام كان يقول:إنما القرء الطهر يقرأ فيه الدم فتجمعه فإذا جاء الحيض قذفته،قلت:رجل طلق امرأته طاهرا من غير جماع بشهاده عدلين،قال:إذا دخلت فى الحيضه الثالثه انقضت عدتها و حلت للأزواج، قلت:إن أهل العراق يروون أن عليا عليه السلام يقول:إنه أحق برجعتها ما لم تغتسل من الحيضه الثالثه،فقال:كذبوا».

هذا ما وقفت عليه من الأخبار الداله على القول المشهور و هى كما ترى فيه واضحه الظهور،و ما دل منها كما هو المصرح به فى أكثرها على أن انقضاء الأطهار الثلاثه تحصل بالدخول فى الدم الثالث مبنى على عد الطهر الذى طلقت فيه،و أنه فى الغالب يكون الحيض بعده متأخرا عنه بزمان و إن قصر،إلا فلو فرض حصول أول الحيض بعد انقضاء صيغه الطلاق بلا فصل فإنها لا تخرج من العده برؤيه الدم الثالث حيث إنه لم يسبق لها إلا طهران خاصه،بل لا بد من الطهر بعد الدم الثالث،و بذلك صرح الشيخان و غيرهم كما سيأتى ذكره إن شاء الله تعالى.

و أما ما يدل على القول الآخر فمن ذلك ما رواه

الشيخ فى التهذيب (۲)فى الصحيح عن الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«عده التى تحيض و يستقيم حيضها ثلاثه أقراء و هى ثلاث حيض».

و عن أبى بصير (۳)و هو المرادى فى الصحيح مقطوعا مثله،و حملهما الشيخ فى التهذيبين تاره على التقيه،و اخرى على عدم استيفاء الثالثه.

۱- ۱) مجمع البيان ج ۲ ص ۳۲۶،تفسير العياشى ج ۱ ص ۱۱۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۱ ب ۱۵ ح ۱۹ و ما فى المصادر اختلاف يسير.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۱۲۶ ح ۳۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۵ ب ۱۴ ح ۷.

۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۱۲۶ ح ۳۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۵ ب ۱۴ ح ۷ و ذيله.

و عن القداح (۱)فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام عن أبیه علیه السلام قال:

«قال علی علیه السلام:إذا طلق الرجل المرأه فهو أحق بها ما لم تغتسل من الثالثه».

و عن إسحاق بن عمار (۲)عمن حدثه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«جاءت امرأه إلی عمر فسألته عن طلاقها،قال:اذهبی إلی هذا فاسألیه-یعنی علیا علیه السلام-فقالت لعلی علیه السلام:إن زوجی طلقنی،قال:غسلت فرجک؟قال:فرجعت إلی عمر فقال:

أرسلتنی إلی رجل یلعب،قال:فردها إلیه مرتین کل ذلک ترجع فتقول:یلعب، قال:فقال لها:انطلقی إلیه فإنه أعلمنا،قال:فقال لها علی علیه السلام:غسلت فرجک؟ قالت:لا،قال:فزوجک أحق ببضعک ما لم تغسلی فرجک».

و عن محمد بن مسلم (۳)فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام

«فی الرجل یطلق امرأته تطلیقه علی طهر من غیر جماع یدعها حتی تدخل فی قرئها الثالث و یحضر غسلها ثم یراجعها و یشهد علی رجعتها،قال:هو أملک بها ما لم تحل لها الصلاه».

و عن الحسن بن زیاد (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«هی ترث و تورث ما کان له الرجعه من التطلیقتین الأولتین حتی تغتسل».

هذا ما حضرنی من الأخبار الداله علی القول الآخر،و الشیخ کما عرفت قد حملها علی التقیه،و حمل خبر عمر علی التقیه فی الفتوی أو فی الروایه.

و نقل عن شیخه المفید-رحمه الله علیه-أنه قال:إذا طلقها فی آخر طهرها اعتدت بالحیض،و إن طلقها فی أوله اعتدت بالأطهار،و جعله وجه جمع بین الأخبار،ثم قال:

و هذا وجه قریب غیر أن الأولی ما قدمناه.

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۲۵ ح ۳۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۵ ب ۱۴ ح ۱۲.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۲۵ ح ۳۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۹ ب ۱۵ ح ۱۳ و فیهما اختلاف یسیر.
۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۲۷ ح ۳۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۰ ب ۱۵ ح ۱۵.
۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۲۷ ح ۳۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۰ ب ۱۵ ح ۱۶ و فیهما اختلاف یسیر.

أقول:لا ـ يخفى قرب ما قربه من تأويل الشيخ المفيد،إلا أن الأخبار خاليه من الإشاره إليه فضلا عن الدلاله عليه،و المعتمد هو الحمل على التقيه كما يشير إليه صحيح زراره المتقدم فى صدر الأخبار حيث كذب عليه السلام أهل العراق فيما نقلوه عن على عليه السلام من جعل الأقراء هى الحيض بعد أن أسنده إليهم،و نحوه الروايه المنقوله من كتاب مجمع البيان و تفسير العياشى.

و قد تضمنت جمله من الروايات المذكوره أن مذهب على عليه السلام إنما هو كون القرء بمعنى الطهر،و لعل ما تضمنه خبر المرأه التى سألت عمر هو مستند أهل العراق فيما نقلوه عن على عليه السلام من أن القرء بمعنى الحيضه،إلا أنه ينافيه تكذيبه عليه السلام فيما نقلوه.

و احتمل فى التهذيبين (۱)فى خبر المرأه أن يكون على وجه إضافه المذهب إليهم فيكون قول أبى عبد الله عليه السلام:قال على عليه السلام:إن هؤلاء يقولون كذلك، لا أنه يكون مخبرا فى الحقيقه عن أمير المؤمنين عليه السلام،قال:و قد صرح أبو جعفر عليه السلام فى روايه زراره و غيرها بأنهم كذبوا على على عليه السلام.انتهى،و هو فى مقام الجمع بين هذه الأخبار غير بعيد،و به ترتفع المنافاه المتقدم ذكرها.

و بذلك يظهر أن المعتمد هو القول المشهور لما عرفت من تضافر الأخبار به مؤيده بفتوى الطائفه بذلك.

الرابع [فى أنها تحتسب بالطهر الذى طلقت فيه]

لا ـ خلاف بين الأصحاب فى أنها تحتسب بالطهر الذى طلقت فيه، فيكون أحد الأطهار الثلاثه الموجبه للخروج من العده.قال السيد السند فى شرح النافع:هذا الحكم مقطوع به فى كلام الأصحاب،و ظاهرهم أنه موضع وفاق أقول:و تدل عليه الأخبار المتقدمه الداله على أنها بالدخول فى الدم الثالث فقد انقضت عدتها،فإنه منى كما عرفت آنفا على الاحتساب بالطهر الذى طلقت فيه كما أوضحناه آنفا لأن هذا هو الغالب،فمن أجل ذلك بنى عليه

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۱۲۵ ذيل ح ۳۲،الاستبصار ج ۳ ص ۳۲۹ ذيل ح ۸.

إطلاق الأخبار،فإن وقوع الطلاق على وجه يكون الحيض بعده بلا فصل نادر أشد الندور.و لو اتفق ذلك بأن حاضت بعد انتهاء لفظ الطلاق و لم يحصل زمان بين الطلاق و الحيض صح الطلاق لوقوعه فى الطهر،و لم يحسب ذلك الطهر من العده،لأنه لم يعقب الطلاق بل يفتقر ذلك إلى ثلاثه قروء مستأنفه بعض الحيض.

الخامس [انقضاء العده فى رؤيه الدم الثالث]

أطلق المحقق فى النافع انقضاء العده فى رؤيه الدم الثالث كما هو ظاهر إطلاق الأخبار،و قيده فى الشرائع بما إذا كانت عادتها مستقره بالزمان، قال:و إن اختلفت صبرت إلى انقضاء أقل الحيض آخذا بالاحتياط،و مرجعه إلى اشتراط أن يكون أول الحيض منضبطا،و فى ذلك إنما يكون فى المعتاده وقتا و عددا و فى المعتاد وقتا،أما لو اختلفت عادتها وقتا و لم تكن مستقره بأن كانت تحيض تاره فى أول الشهر و اخرى فى وسطه و تاره فى آخره فإنها بالنسبه إلى أوله كالمضطربه فلا يحكم بانقضاء العده إلا مع العلم بكونه حيضا،و ذلك بعد مضى ثلاثه أيام.

أقول:الكلام هنا مبنى على ما تقدم تحقيقه فى باب الحيض من كتاب الطهاره (1)من أن المبتدئه و المضطربه هل تحيض برؤيه الدم؟أو تستظهر للعباده بأن لا تتحيض إلا بعد مضى ثلاثه أيام؟قولان،و فى المسأله قول ثالث اختاره السيد السند فى المدارك،و هو أنها تتحيض برؤيه الدم إذا كان بصفه دم الحيض، و إلا فإنها إنما تتحيض بعد الثلاثه الأيام،فعلى القول بأنها تتحيض بمجرد رؤيه الدم جرى الإطلاق فى عباره النافع،و هو أنها تخرج من العده برؤيه الدم الثالث للحكم بكونه حيضا بمجرد رؤيه الدم بعد الطلاق،و على القول الثانى لا تخرج من العده إلا بعد مضى الثلاثه لتحقق كونه حيضها بعدها،و احتمال عدم الحيض قبل إتمامها.

۱- ۱) الحدائق ج ۳ ص ۲۳۴.

و يحتمل فی عباره الشرائع أنه و إن قلنا بأن المضطربه و أختها تتحيضان بمجرد رؤيه الدم إلا أن الأحوط للعده الأخذ بالقول الآخر،و هذا هو الظاهر من العباره فإن التعبير بالاحتياط إنما ينطبق على هذا المعنى،و الذی حققناه فی باب الحيض كما تقدم فی كتاب الطهاره أنه لا دليل على اعتبار التربص ثلاثه أيام كما قالوه،و الأخبار الوارده فی المسأله صريحه فی التحيض،بمجرد رؤيه الدم فی المضطربه و المبتدئه،و حينئذ فلا إشكال،و ما ادعی من الاحتياط هنا يتوقف على وجود الدليل على اعتبار الثلاثه فی تلك المسأله،و على هذا جرى إطلاق أخبار المسأله هنا كما لا يخفى.

السادس [فی أقل المده التی تنقضی به العده]

قد صرح الأصحاب بأن أقل زمان تنقضی به العده سته و عشرون يوما و لحظتان،و اللحظه الأخيره ليست من العده و إنما هی داله على الخروج.

و بيانه:أنه يمكن أن يفرض أن يطلقها و قد بقی من الطهر لحظه بعد الطلاق،ثم تحيض أقل الحيض ثلاثه أيام،ثم تطهر أقل الطهر عشره،و الجميع ثلاثه عشر يوما و لحظه و قد حصل لها طهران،ثم تحيض أقل الحيض ثلاثه أيام،ثم تطهر أقل الطهر عشره،فهذه ثلاثه عشر اخرى،و الجميع سته و عشرون يوما و لحظه،ثم تحيض بعد تمام العشره الأخيره و بالحيض لحظه من أوله يتبين انقضاء الطهر الثالث و تمامه،فتكون هذه اللحظه الأخيره من الحيض كاشفه عن الخروج من العده،و لا مدخل لها فی العده لانقضائها بالطهر الثالث،و حينئذ فأقلها فی الحقيقه سته و عشرون يوما و لحظه،و هی التی من أولها لا غير،و قيل بأن اللحظه الأخيره جزء من العده،و نسب إلى الشيخ لتوقف انقضاء العده عليها فكانت كغيرها من الأجزاء،و لا ريب فی ضعفه،فإن مجرد توقف انقضاء العده عليها لا يستلزم كونها جزء منها،و إنما هی كاشفه عن سبق انتهاء الطهر الثالث الذی هو نهايه العده و مظهر الخلاف فی الرجوع فی تلك اللحظه،فتصح على قول الشيخ المذكور،لأنها من العده و تبطل على المشهور،و كذا فيما لو

تزوجت بغيره،فيها فيصح على المشهور و يبطل على قول الشيخ،و فيما لو مات الزوج فيها فعلى المشهور ينتفى الإرث و على قول الشيخ ترث.

هذا،و مما ذكر من أن أقل ما تنقضى به العده المده المذكوره مبنى على الغالب،و إن كان أيضا فى حد ذاته نادرا،إلا أنه قد يتفق أيضا فيما هو أقل من ذلك،بأن يطلقها بعد الوضع و قبل رؤيه دم النفاس بلحظه،ثم ترى دم النفاس لحظه لأنه محسوب بحيضه و إن كان لحظه كما تقدم فى بابه،فإذا رأت بعد الطلاق دم النفاس لحظه ثم مضى لها أقل الطهر ثم رأت الدم ثلاثه أيام أقل الحيض ثم انقطع عشره أيام ثم رأت الدم الثالث انقضت عدتها بأول لحظه من الدم الثالث،و مجموع ذلك ثلاثه و عشرون يوما و ثلاث لحظات،و الكلام فى اللحظه الأخيره هنا كما سبق من الدخول و الخروج.

السابع:لو اختلف الزوجان

فادعت المرأه بقاء جزء من الطهر بعد الطلاق ليكون أول الأطهار الثلاثه و تقصر بذلك العده و أنكر الزوج ذلك بأن ادعى وقوع الحيض بعد الطلاق بلا فاصله لتكون الأطهار الثلاثه متأخره عن الحيض فتطول مده العده ليتمكن من الرجوع فيها،و المعروف من كلام الأصحاب و عليه تدل ظواهر الآيه و الأخبار الداله على الرجوع إليها فى الحيض و الطهر أن القول قول المرأه هنا و إن كان معه أصاله بقاء العده و استصحاب حكم الزوجيه،إلا أنك قد عرفت أن دليل تقديم قولها أقوى،للآيه و الروايه،و هى مقدمه على دليل الاستصحاب و إن كان حجه فى هذا الباب،لأن مرجعه إلى الاستناد إلى عموم الدليل و إطلاقه.

بقى الكلام فى النفقه فى المده الزائده على تقدير دعواه،فمقتضى ما ادعته أنها لا تستحق فيها نفقه لخروجها من العده،فإن كان قد دفعها إليه لم يرجع بها،لأنه معترف باستحقاقها لذلك،فليس له انتزاعها،و إن لم يكن دفعها لم يكن لها المطالبه بها لاعترافها بعدم الاستحقاق.

قال فی المسالک بعد ذکر نحو ذلک:و یحتمل جواز أخذها منها فی الأول لما تقدم من أن شرط استحقاق المطلقه رجعیا النفقه بقاؤها علی الطاعه کالزوجه، و بادعائها البینونه لا یتحقق التمکین من طرفها،فلا تستحق نفقه علی القولین، فله المطالبه بها حینئذ،فلا یکون کالمال الذی لا یدعیه أحد لأن مالکه هنا معروف، و یمکن الفرق بین عدم التمکین المستند إلی دعوی البینونه و بینه علی تقدیر الاعتراف ببقاء العده بالنسبه إلیه،لأنها بزعمها لیست ناشزا فی الأول بخلاف الثانی، و الأجود الأول،انتهی.

المقام الثالث:فی المسترابه

اشاره

،و هی المسترابه الحیض أو الحمل،و تسمی ذات الشهور،و ما یلحق بذلک من الأحکام،و فیه بحوث:

[البحث] الأول:فی المسترابه بالحیض

،و هی التی لا تحیض مع کونها فی سن من تحیض،فإنها تعتد من الطلاق و الفسخ-و فی معناهما وطء الشبهه-بثلاثه أشهر إذا کانت حره تحت عبد أو حر،و لا فرق عندهم فی کون انقطاع حیضها خلقیا أو لعارض من حمل أو إرضاع أو مرض،فإنها تعتد بالأشهر الثلاثه لظاهر عموم قوله عز و جل «وَ اللاّئِی یَئِسْنَ مِنَ الْمَحِیضِ مِنْ نِسائِکُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَهُ أَشْهُرٍ وَ اللاّئِی لَمْ یَحِضْنَ» (۱)أی فعدتهن کذلک.

قال فی کتاب مجمع البیان (۲)للطبرسی

«وَ اللاّئِی یَئِسْنَ مِنَ الْمَحِیضِ مِنْ نِسائِکُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ» فلا تدرون لکبر ارتفع حیضهن أم لعارض «فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَهُ أَشْهُرٍ» و هن اللواتی أمثالهن یحضن،لأنهن لو کن فی سن من لا تحیض لم یکن للارتیاب معنی،و هذا هو المروی عن أئمتنا علیهم السلام». انتهی.

۱- ۱) سوره الطلاق-آیه ۴.

۲- ۲) مجمع البیان ج ۱ ص ۳۰۶.

و علی هذا فالریبه تتحقق بأن تکون فی سن من تحیض و لا تحیض،أما من لا تحیض مثلها فلا ریبه فیها،و حینئذ فیحمل قوله تعالی «وَ اللاّٰئِی لَمْ یَحِضْنَ» علی من کان انقطع الحیض عنها خلقه و طبیعه،و الظاهر أن المراد من الیأس من الحیض فی الآیه لیس ما یتبادر من ظاهر اللفظ،بل المراد منه أن ینقطع عنها الدم ثلاثه أشهر فصاعدا،فإن الاعتداد بالأشهر هو و الذی سیقت له الآیه إنما یترتب علی ما قلناه لا علی الیأس منه بالکلیه،إذ لا عده علی الیائس.

و ینبغی أن یعلم أن ظاهر الآیات و الأخبار أن الأصل فی عده الحامل الأقراء و أما الاعتداد بالأشهر فإنما هو لفقد الأقراء،قال عز و جل «وَ الْمُطَلَّقٰاتُ یَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاٰثَهَ قُرُوءٍ» و قال سبحانه «وَ اللاّٰئِی یَئِسْنَ مِنَ الْمَحِیضِ مِنْ نِسٰائِکُمْ» إلی قوله «وَ اللاّٰئِی لَمْ یَحِضْنَ» فاشترط فی اعتدادهن بالأشهر فقد الأقراء من حیث عدم الحیض.

و أما الأخبار الوارده فی المقام فهی مستفیضه،و منها ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۱)فی الحسن أو الصحیح عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«أمران أیهما سبق بانت به المطلقه المسترابه تستریب الحیض إن مرت بها ثلاثه أشهر بیض لیس فیها دم بانت به،و إن مرت بها ثلاثه حیض لیس بین الحیضتین ثلاثه أشهر بانت بالحیض.

قال ابن أبی عمیر:قال جمیل:و تفسیر ذلک إن مرت ثلاثه أشهر إلا یوما فحاضت، ثم مرت بها ثلاثه أشهر إلا یوما فحاضت،ثم مرت بها ثلاثه أشهر إلا یوما فحاضت، فهذه تعتد بالحیض علی هذا الوجه و لا تعتد بالشهور،و إن مرت ثلاثه أشهر بیض لم تحض فیها فقد بانت».

و ما رواه

فی الکافی (۲)عن زراره فی الموثق عن أحدهما علیهما السلام قال:

«أی

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۹۸ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۱۸ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۱ ب ۴ ح ۵،و ما فی المصادر اختلاف یسیر.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۰۰ ح ۹،التهذیب ج ۸ ص ۱۱۸ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۱ ب ۴ ح ۳،و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

الأمرين سبق إليها فقد انقضت عدتها،إن مرت بها ثلاثه أشهر لا ترى فيها دما فقد انقضت عدتها،و إن مرت ثلاثه أقراء فقد مضت عدتها».

و عن الحلبى (۱)فی الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا ینبغی للمطلقه أن تخرج إلا بإذن زوجها حتی تمضی عدتها ثلاثه قروء أو ثلاثه أشهر إن لم تحض».

و عن داود بن سرحان (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«عده المطلقه ثلاثه قروء أو ثلاثه أشهر إن لم تكن تحیض».

و عن محمد بن مسلم (۳)فی الصحیح عن أحدهما علیهما السلام قال:

«فی التی تحیض فی كل ثلاثه أشهر مره أو فی سته أو فی سبعه أشهر،و المستحاضه التی لم تبلغ الحیض و التی تحیض مره و ترتفع مره و التی لا تطمع فی الولد و التی قد ارتفع حیضها و زعمت أنها لم تیأس و التی ترى الصفره من حیض لیس بمستقیم،فذكر أن عده هؤلاء كلهن ثلاثه أشهر».

و عن أبی العباس (۴)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل طلق امرأته بعد ما ولدت و طهرت و هی امرأه لا ترى دما ما دامت ترضع،ما عدتها؟قال:

ثلاثه أشهر».

أقول:و قد اشتركت هذه الأخبار فی الدلاله على ما أشرنا إلیه آنفا من أن الاعتداد بالأشهر إنما هو مع عدم إمكان حصول الأقراء،و أنه مع إمكان حصول الأقراء فأیهما سبق اعتدت به،و به یظهر أن المراد بالیأس فی الآیه الذی رتب علیه الاعتداد بالأشهر إنما هو انقطاع الدم ثلاثه أشهر فصاعدا كما تقدم ذكره،و علیه دلت الأخبار.

بقی هنا شیء و هو أن ظاهر حسنه زراره أو صحیحته و هی المتقدمه فی

۱- ۱) الكافی ج ۶ ص ۸۹ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۴ ب ۱۸ ح ۱.
۲- ۲) الكافی ج ۶ ص ۹۰ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۲ ب ۱۲ ح ۳.
۳- ۳) الكافی ج ۶ ص ۹۹ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۰ ب ۴ ح ۱.
۴- ۴) الكافی ج ۶ ص ۹۹ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۰ ب ۴ ح ۶.

صدر هذه الروايات أنه متى مرت بها ثلاثه أشهر بيض قبل الثلاث حيض تعتد بها،و متى مرت بها ثلاثه حيض لم يتخلل بينها ثلاثه أشهر بيض اعتدت بها.

و ربما يستفاد منها الاكتفاء بثلاثه أشهر بيض و إن تخللت بين الحيضتين،و لا تتخصص بالسبق كما يعطيه ظاهر كلام الأصحاب،إلا أن فيه ما سيأتى التنبيه عليه إن شاء الله.

و حينئذ فلو فرض أن حيضها إنما يكون فيما زاد ثلاثه أشهر و لو ساعه و طلقت فى أول الطهر فمضت الثلاثه من غير أن ترى الدم فيها اعتدت بالأشهر،و لو فرض كونها معتاده الحيض فى آخر كل ثلاثه بحيث لم تسلم لها ثلاثه أشهر بيض لم تعتد بالأشهر.

و استشكل ذلك فى المسالك (١)بعد ذكر نحو ما ذكرناه قال:و يشكل على هذا بما لو كانت عادتها أن تحيض فى كل أربعه أشهر مثلا مره،فإنه على تقدير طلاقها فى أول الطهر أو ما قاربه بحيث يبقى له منه ثلاثه أشهر بعد الطلاق تنقضى عدتها بالأشهر كما تقرر،لكن لو فرض طلاقها فى وقت لا يبقى من الطهر ثلاثه أشهر تامه كان اللازم من ذلك اعتدادها بالأقراء،فربما صارت عدتها سنه و أكثر على تقدير وقوع الطلاق فى وقت لا يتم بعده ثلاثه أشهر بيضا،و الاجتزاء بالثلاثه على تقدير سلامتها،فتختلف العده باختلاف الطلاق الواقع بمجرد الاختيار مع كون المرأه من ذوات العاده المستقره فى الحيض،و يقوى الاشكال لو كانت لا ترى الدم إلا فى كل سنه أو أزيد،فإن عدتها بالأشهر على المعروف فى النص و الفتوى و مع هذا فيلزم مما ذكروه هنا من القاعده أنه لو طلقها فى وقت لا يسلم بعد الطلاق ثلاثه أشهر أن تعتد بالأقراء و إن طال زمانها،و هذا بعيد مناف لما قالوه من أن أطول عده تفرض عده المسترابه و هى سنه أو تزيد ثلاثه أشهر كما سيأتى.و لو قيل بالاكتفاء بثلاثه أشهر إما مطلقا أو بيضا كما لو خلت من الحيض ابتداء كان

١- ١) مسالك الافهام ج ٢ ص ٣٨.

حسنا،انتهى كلامه.

أقول:الظاهر عندى فى الجواب عن هذا الإشكال الذى عرض له-رحمه الله عليه-فى هذا المجال هو أن المتبادر من المعتاده كما تقدمت الإشاره إليه فى الموضع الثانى من سابق هذا المقام هى من كانت الحيض يأتيها على عاده نسائها و أمثالها فى كل شهر مره،فإن هذا الفرد هو الغالب المتكرر المتكثر دون من تعتاد ذلك فى كل أربعه أشهر أو خمسه أو أزيد،فإن ذلك من الفروض النادره،و قد عرفت فى غير مقام أن من القواعد المقرره بينهم حمل إطلاق الأخبار على الأفراد الشائعه المتكرره، فإنها هى التى ينصرف إليها الإطلاق دون الفروض النادره،و حينئذ فجميع من ذكره من هذه الفروض النادره إنما يعتددن بالأشهر خاصه،و تخرج صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه شاهده على ذلك حيث عد ممن يعتددن بالأشهر من تحيض فى كل ثلاثه أشهر مره أو فى سته أو فى سبعه.

أقول:و نحوها ما زاد على ذلك،فإن ما ذكره عليه السلام إنما خرج مخرج التمثيل، و من ثم إنه نقل فى المسالك عن المصنف و العلامه فى كتبه أن من كانت لا تحيض إلا فى كل خمسه أشهر أو سته أشهر عدتها بالأشهر و أطلق،و زاد فى التحرير:أنها متى كانت لا تحيض فى كل ثلاثه أشهر فصاعدا تعتد بالأشهر و لم تعتد بفروض الحيض فى أثنائها كما فرضناه،ثم نقل صحيحه محمد بن مسلم المذكوره و قال بعدها:و هى تؤيد ما ذكرناه،انتهى.

و بالجمله فإن المعتاده التى حكمها التحيض بالأقراء هى التى تعتاد الحيض فى كل شهر مره،و فى معناها من تعتاد الحيض فيما دون الثلاثه،و على هذا فلو كانت تعتاد الحيض فى كل أربعه أشهر مره مثلا و طلقت فى وقت لا يسلم لها ثلاثه أشهر بيض فإنها تعتد بالأشهر،و تحسب مبدأ الثلاثه الأشهر من طهرها من الحيض الذى عرض لها بعد الطلاق حتى يكمل الثلاثه.

بقى الإشكال هنا فيمن تحيض فى كل ثلاثه أشهر مره،فإن ظاهر كلامه

الاکتفاء بها فی الخروج من العده کما أشار إلیه بقوله«و لو قیل.إلخ» و مما یؤید ما ذکره من الاکتفاء بثلاثه أشهر مطلقا یعنی و إن لم یکن بیضا صحیحه محمد بن مسلم الداله علی أن من تحیض فی کل ثلاثه أشهر مره فإنها تعتد بالشهور.

و نحوها

صحیحه أبی مریم (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام

«عن الرجل کیف یطلق امرأته و هی تحیض فی کل ثلاثه أشهر حیضه واحده؟فقال:یطلقها تطلیقه واحده فی غره الشهر،فإذا انقضت ثلاثه أشهر من یوم طلقها فقد بانت منه،و هو خاطب من الخطاب».

إلا أن ظاهر صحیحه زراره (۲)المتقدمه الاعتداد فی هذه الصوره بالأقراء کما عرفته من تفسیر جمیل للروایه المذکوره،و لهذا أن السید السند فی شرح النافع حمل الروایتین الأولتین علی من تحیض بعد الثلاثه الأشهر و لا یخفی بعده،فإن مفاد لفظه«فی»هو الظرفیه و کون الحیض فی أثناء الثلاثه لا بعدها.

و مثل الروایتین أیضا

روایه أبی بصیر (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه قال فی المرأه یطلقها زوجها و هی تحیض فی کل ثلاثه أشهر حیضه،فقال:إذا انقضت ثلاثه أشهر انقضت عدتها،تحسب بها لکل شهر حیضه».

و ظاهر هذه الروایات کما تری هو أن من کانت عادتها فی الحیض فی کل ثلاثه أشهر فإنها تعتد بالأشهر،و لا قائل به من الأصحاب بل ظاهرهم الاتفاق علی اعتدادها بالأقراء کما تقدم فی کلام جمیل فی ذیل صحیحه زراره،و هو ظاهر الصحیحه المذکوره و غیرها،و لکن هذه الأخبار کما تری علی خلافه.و ما تأولوها به مما قدمنا نقله عن السید السند و کذا کما یأتی من تأویل الشیخ بعید غایه البعد،إلا أن الأوفق

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۲۰ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۳ ب ۱۳ ح ۳.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۹۸ ح ۱.
۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۲۰ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۰ ب ۴ ح ۲.

بالقواعد هو ما علیه الأصحاب.

و قد وقع نحو ذلک من الإشکال أیضا فیمن تعتاد الحیض فی کل خمسه أشهر أو سته أشهر مثلا مره واحده،فإن المفهوم من کلام الأصحاب من غیر خلاف یعرف أنها تعتد بالأشهر لحصول ثلاثه أشهر بیض فی تلک المده فتخرج بها من العده، و علیه تدل صحیحه محمد بن مسلم المتقدمه و صحیحه زراره أو حسنته المتقدمه أیضا و غیرهما.و أولی بالحکم المذکور منهما ما لو کانت تحیض فی کل سنه أو سنتین مره،فإنها تعتد بالأشهر أیضا.

و یدل علی ذلک ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۱)عن زراره قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن التی لا تحیض إلا فی ثلاث سنین أو أربع سنین،قال:تعتد ثلاثه أشهر ثم تزوج إن شاءت».

إلا أنه قد ورد بإزائها من الأخبار ما یدل علی اعتدادها بالأقراء کما رواه

فی التهذیب (۲)عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی التی لا تحیض إلا فی ثلاث سنین أو أکثر من ذلک،قال:تنتظر مثل قروئها التی کانت تحیض إلا فی استقامتها،و لتعتد ثلاثه قروء و تزوج إن شاءت».

و عن الغنوی (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال

«فی المرأه التی لا تحیض إلا فی ثلاث سنین أو خمس سنین،قال:تنتظر مثل قروئها التی کانت تحیض فلتعتد ثم تزوج إن شاءت».

و عن أبی الصباح (۴)قال:

«سئل أبو عبد الله علیه السلام عن التی لا تحیض إلا فی

۱- ۱) لم نعثر علیه فی الکافی،الفقیه ج ۳ ص ۳۳۲ ح ۵،التهذیب ج ۸ ص ۱۲۱ ح ۱۶، الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۳ ب ۴ ح ۱۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۲۱ ح ۱۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۴ ب ۴ ح ۱۴ و لیس فیهما«تنتظر»مع اختلاف یسیر.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۲۲ ح ۲۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۵ ب ۴ ح ۱۹ و فیهما«تنتظر»مع اختلاف یسیر.

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۲۲ ح ۱۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۴ ب ۴ ح ۱۵ و فیهما«تنتظر»مع اختلاف یسیر.

ثلاث سنين،قال:تنتظر مثل قروئها التی کانت تحیض فی استقامتها،و لتعتد ثلاثه قروء ثم تزوج إن شاءت».

و هذه الأخبار حملها فی الاستبصار علی المستحاضه التی کانت لها عاده مستقیمه تغیرت عن ذلک فتعمل علی عادتها السابقه المستقیمه،و حمل أخبار الأشهر علی ما إذا لم تکن لها عاده بالحیض أو نسیت عادتها فإنها تعتد بالأشهر.

و فی التهذیب حمل الجمیع علی من کانت لها عاده مستقیمه و کانت عادتها فی کل شهر مره،قال:و قد نبه علیه السلام بقوله«تحسب بها کل شهر حیضه علی ذلک» یعنی فی خبر أبی بصیر المتقدمه.

و کیف کان فالعمل علی ما علیه الأصحاب و دلت علیه تلک الأخبار،و ترد هذه الأخبار إلی قائلها و هو أعلم بها.

البحث الثانی:فی المسترابه بالحمل

اشاره

،و هی التی ابتدأت العده بالأشهر فرأت فی الشهر الثالث أو قبله حیضا،فإن کملت لها ثلاثه قروء بأن حصل لها قرءان بعد الأول و هو السابق علی الدم فإنه محسوب بقرء کما تقدم،و لو أزید من ثلاثه أشهر (۱)اعتدت بها و إن تأخرت الحیضه الثانیه أو الثالثه فقد استرابت بالحمل.

و قد اختلف الأصحاب علی قولین:أحدهما-و هو اختیار ابن إدریس و المحقق و هو الذی علیه الأکثر-:أنها تصیر مده یعلم بها براءه رحمها من الحمل و هی عندهم تسعه أشهر من حین الطلاق،لأنها أقصی الحمل علی المشهور،فإن ظهر بها حمل اعتدت بوضعه،و إن لم یظهر بها حمل علم براءه رحمها و اعتدت بعد التسعه بثلاثه أشهر.

۱- ۱) قوله«و لو أزید من ثلاثه أشهر»متعلق بقوله«فان کملت لها ثلاثه قروء». (منه-رحمه الله-).

و الأصل فی هذا الحکم ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۱)عن سوره بن کلیب

«قال سئل أبو عبد الله علیه السلام عن رجل طلق امرأته تطلیقه علی طهر من غیر جماع طلاق السنه و هی ممن تحیض،فمضی ثلاثه أشهر فلم تحض إلا حیضه واحده،ثم ارتفعت حیضتها حتی مضت ثلاثه أشهر أخری،و لم تدر ما رفع حیضها،قال:إذا کانت شابه مستقیمه الطمث فلم یطمث فی ثلاثه أشهر إلا حیضه ثم ارتفع طمثها فلا تدری ما رفعها فإنها تربص تسعه أشهر من یوم طلاقها،ثم تعتد بعد ذلک ثلاثه أشهر ثم تزوج إن شاءت».

و اعترض هذا الخبر فی المسالک و مثله سبطه السید السند فی شرح النافع (أولا)بضعف السند.

و(ثانیا)بأنها مخالفه للأصل فی اعتبار الحمل بتسعه أشهر من حین الطلاق فإنه لا یطابق شیئا من الأقوال فی أقصی الحمل،لأن مدته معتبره من آخر وطء یقع بها لا من حین الطلاق،فلو فرض أنه کان معتزلا لها أزید من ثلاثه أشهر تجاوزت مدته أقصی الحمل علی جمیع الأقوال،فقد یکون أزید من شهر فیخالف القولین بالتسعه و العشره.

(و ثالثا)أن اعتدادها بثلاثه أشهر بعد العلم ببراءتها من الحمل غیر مطابق لما سلف من الأصول لأنه مع طرو الحیض قبل تمام الثلاثه-إن اعتبرت العده بالأقراء و إن طالت کما یقتضیه الضابط السابق-لم یتم الاکتفاء بالثلاثه،و إن اعتبر خلو ثلاثه أشهر بیض بعد النقاء فالمعتبر بعد العلم بخلوها من الحمل حصول الثلاثه کذلک و لو قبل العلم،لأن عده الطلاق لا یعتبر فیها القصد إلیها بخصوصها،بل لو مضت المده و هی غیر عالمه بالطلاق کفت،فکذلک هنا.

(و رابعا)أن المستفاد من الأخبار الصحیحه الاکتفاء بمضی ثلاثه أشهر خالیه من الحیض،فلو قیل بالاکتفاء بها مطلقا کان متجها،کذا صرح به فی شرح النافع.

ص: ۴۱۷

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۱۹ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۳ ب ۱۳ ح ۲ و فیهما اختلاف یسیر.

(و خامسا)أنه ليس فی الروایه ما یدل علی أنه لمکان الحمل بل فی التقیید بالتسعه ما یشعر به،و فی تقییدها بکونها من حین الطلاق ما قد یقتضی خلافه.

أقول-و به سبحانه التوفیق لإدراک کل مأمول و نیل کل مسؤول-:إنه لا یخفی أنه

قد روی ثقه الإسلام فی الکافی (۱)عن عبد الرحمن بن الحجاج فی الصحیح قال:

« سمعت أبا إبراهیم علیه السلام یقول:إذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلا انتظر تسعه أشهر،فإن ولدت و إلا اعتدت بثلاثه أشهر ثم قد بانت منه».

و عن محمد بن حکیم (۲)فی الموثق عن أبی الحسن علیه السلام قال:

«قلت له:المرأه الشابه التی تحیض مثلها یطلقها زوجها و یرتفع حیضها،کم عدتها؟قال:ثلاثه أشهر قلت:فإنها ادعت الحبل بعد الثلاثه أشهر،قال:عدتها تسعه أشهر،قلت:فإنها ادعت الحبل بعد التسعه أشهر،قال:إنما الحبل تسعه أشهر،قلت:تزوج؟قال:

تحتاط بثلاثه أشهر،قلت:فإنها ادعت بعد ثلاثه أشهر،قال:لا ریبه علیها تزوجت إن شاءت».

و عن محمد بن حکیم (۳)أیضا فی الموثق عن العبد الصالح علیه السلام قال:

«قلت له:

المرأه الشابه التی تحیض مثلها یطلقها زوجها فیرتفع طمثها،ما عدتها؟قال:

ثلاثه أشهر قلت:جعلت فداک فإنها تزوجت بعد ثلاثه أشهر فتبین لها بعد ما دخلت علی زوجها أنها حامل،قال:هیهات من ذلک یا ابن حکیم،رفع الطمث ضربان:إما فساد من حیض فقد حل له الأزواج و لیس بحامل،و إما حامل فهو یستبین فی ثلاثه أشهر لأن الله تعالی قد جعله وقتا یستبین منه الحمل،قال:قلت:

فإنها ارتابت بعد ثلاثه أشهر،قال:عدتها تسعه أشهر،قلت:فإنها ارتابت بعد تسعه أشهر،قال:إنما الحمل تسعه أشهر،قلت:فتزوج؟قال:تحتاط بثلاثه

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۰۱ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۲ ب ۲۵ ح ۱ و فیهما اختلاف یسیر.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۰۱ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۲ ب ۲۵ ح ۲ و فیهما اختلاف یسیر.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۰۱ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۲ ب ۲۵ ح ۴ و فیهما اختلاف یسیر.

أشهر،قلت:فإن ارتابت بعد ثلاثه أشهر؟قال:ليس عليها ريبه،تزوج».

و ما رواه

محمد بن حکیم (۱)أیضا عن أبی عبد الله علیه السلام أو أبی الحسن علیه السلام قال:

« قلت له:رجل طلق امرأته،فلما مضت ثلاثه أشهر ادعت حبلا،فقال:ینتظر بها تسعه أشهر،قال:قلت:فإنها ادعت بعد ذلک حبلا،فقال:هیهات هیهات إنما یرتفع الطمث من ضربین:إما حمل بین،و إما فساد من الطمث،و لکنها تحتاط بثلاثه أشهر بعد»الحدیث.

إذا عرفت ذلک فاعلم أن الکلام فی هذا المقام یقع فی مواضع:

الأول:أنه لا یخفی علی المتأمل فی هذه الروایات أن الاعتداد بتسعه أشهر ثم ثلاثه بعدها حکم المسترابه بالحمل،فإنه لا فرد هنا سواها یثبت له هذا الحکم اتفاقا نصا و فتوی،و روایه سوره المذکوره و إن لم یصرح فیها بالاسترابه کما فی الروایات التی نقلها،إلا أن إطلاقها محمول علی ما صرحت به هذه الأخبار لما عرفت من الاتفاق نصا و فتوی فی أنه لیس هنا فرد یثبت له هذا الحکم غیر المسترابه بالحمل.

و حینئذ فجمیع ما أوردوه علی الروایه المتقدمه یجری فی هذه الأخبار لاشتراک الجمیع فی محل هذه الإیرادات،و لا فرق بین ما نقلناه من هذه الروایات و بین روایه سوره إلا من حیث إن الاسترابه مستنده فی هذه الأخبار إلی دعوی المرأه الحبل،و فی تلک الروایه إلی رؤیه الدم مره أو مرتین و انقطاعه،و إلا فالجمیع مشترک فی حصول الاسترابه،و أن حکمها هو ما ذکره فی هذه الأخبار، و الظاهر أن الذی حملهم علی هذه الإیرادات هو ضعف سند الروایه و عدم المعاضد لها فیما دلت علیه.

و قد عرفت مما نقلناه من هذه الأخبار التی فیها الصحیح باصطلاحهم و الموثق و تعدد الخبر بذلک أن ذلک غیر مختص بروایه سوره،بل هو جار فی جمیع هذه

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۰۲ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۳ ب ۲۵ ح ۵ و فیهما اختلاف یسیر.

الأخبار،و حینئذ فردها جمیعا بهذه التشکیکات و الإیرادات من غیر مخالف فی البین من الأخبار و لا من علمائنا الأبرار إلا الشاذ النادر غیر ملتفت إلیه، بل لا یخلو من الرد علی الشارع و الجرأه علیه،و الواجب العمل بها و تطبیقها علی الأصول و القواعد المقرره کما سیظهر لک إن شاء اللّه.

الثانی:أن ما ذکره من الطعن فی الروایه بضعف السند-و هذا الإیراد من خصوصیات سبطه السید السند-ففیه ما عرفت فی غیر موضع مما تقدم أنه غیر مرضی و لا معتمد،أما(أولا)فلانجبار ضعفها بشهره العمل بها بین الأصحاب، و أما(ثانیا)فلاعتضادها بما ذکره من الأخبار،فإن الحکم بما تضمنته غیر منحصر فیها کما عرفت.

الثالث:ما ذکروه من مخالفه الروایه للأصل فی اعتبار الحمل تسعه أشهر من حین الطلاق،فإن فیه أن غایه ما تدل علیه الروایه المذکوره أنها تربص تسعه أشهر من یوم طلقها،و لا تعرض فیها لکون ذلک مده الحمل،و مثلها الروایات المذکوره،علی أن موثقتی ابن حکیم (1)قد صرحتا بکون هذه التسعه عده لها،و لا یخفی أن من شأن العده أن یکون مبدؤها بعد الطلاق.

نعم صرح فی الموثقتین المذکورتین بأنها بعد الاعتداد تسعه أشهر لا تکون مسترابه لأن أقصی الحمل تسعه أشهر،و قد حصلت،و لکن هذا لا یستلزم ما ذکره لجواز أن یکون المراد أنه لما مضت لها تسعه أشهر من حین الطلاق و اعتدت بها فإنه لا استرابه علیها لحصول أقصی مده الحمل،بمعنی أن عدتها وقعت بما هو أقصی الحمل،فلا ریبه،غایه الأمر أن العده الشرعیه لها هنا قد وقعت بما هو أقصی الحمل و إن کان ذلک زائدا علی مده أقصی الحمل متی اعتبر من بعد الوطء.

1- 1) الکافی ج ۶ ص ۱۰۱ ح ۲ و ۴.

و بالجمله فالغرض من ذكر التسعه بيان الاعتداد بها،و أنها تخرج بها و إن استلزم حصول أقصى الحمل بذلك،فلا إشكال بحمد الله المتعال (۱).

الرابع:ما ذكره بقوله«إن اعتدادها بثلاثه أشهر بعد العلم ببراءتها من الحمل فإن فيه أن براءه الرحم بعد التسعه كما تضمنته الأخبار المذكوره لا ينافيه وجوب الاعتداد بعدها بالثلاثه الأشهر حتى أنه ينسب إلى مخالفه الأصول، فإنه لا يخفى على الماهر المتأمل فی العلل الوارده فی الأخبار أنها ليست عللا حقيقه يدور المعلول مدارها وجودا و عدما،و على تقدير كونها كذلك فی بعض الموارد فإنه لا يجب اطرادها،و كون ذلك حكما كليا.ألا ترى أنه قد ورد النص بأن مشروعيه العده للعلم ببراءه الرحم من الحمل،مع أنه لو طلق زوجته أو مات عنها بعد عشرين سنه لم يقربها فيها بالكليه لو جبب عليها العده فی الموضعين المذكورين.

و حينئذ فتصريح الأخبار هنا بوجوب الاعتداد ثلاثه أشهر لا ينافيه معلوميه براءه الرحم بمضى التسعه،كما أنه لا منافاه بين وجوب العده فيما فرضناه مع

۱- ۱) أقول:و بذلك يظهر ما فی كلام شيخنا الشهيد الثانی فی حواشيه على الروضه من أن التربص تسعه غير مروى لكن عليه أكثر الأصحاب و العمل به أقوى.إلخ، و هو عجيب من مثله-قدس سره-مع نقله فی المسالك[مسالك الافهام ج ۲ ص ۳۸]روايه سوره بن كليب دليلا للقول بالتسعه،و ان اعترضها بما نقلناه عنه من الوجوه المذكوره فی الأصل. و مع قطع النظر عنها فهذه الروايات التی نقلناها ظاهره فی التربص تسعه أيضا، و لعل ما ذكره من إنكار النص بذلك مبنى على ما مر منه فی المسأله فی الأصل و هی من رأت الدم فی الأشهر الثلاثه مره أو مرتين ثم احتبس،و أن روايه سوره ضعيفه،فهی فی حكم العدم إلا أنك قد عرفت مما ذكرناه فی الأصل أن مرجع روايه سوره الى ما دلت عليه الاخبار المذكوره و ان اختلف وجه الاسترابه بأن استند الى تخلف الحيض كما فی روايه سوره أو ادعاء المرأه الحبل كما فی تلك الروايات،و أن حكم المسترابه بأى نحو كانت هو ما ذكر من الاعتداد بالتسعه ثم الثلاثه.(منه-قدس سره-).

معلوميه براءه الرحم بمده تلك العشر السنين.

و أما ما ذكروه من أنه مع طرو الحيض قبل تمام الثلاثه إن اعتبرت العده بالأقراء.إلخ فإن لقائل أن يقول:إن إطلاق الأخبار المذكوره يقتضى الاجتزاء بالثلاثه مطلقا بيضا كانت أم مشتمله على الحيض،لأنها قد خرجت من العده بالتسعه،و إنما هذه الثلاثه لمزيد الاحتياط فى البراءه من الحمل و هو حاصل بالثلاثه بيضا كانت أم لا.

على أنك قد عرفت فى البحث الأول ورود جمله من الأخبار الداله على أن من كان عادتها الحيض فى كل ثلاثه أشهر مره فإنها تعتد بها،و إن لم يوافق ذلك مقتضى قواعدهم،و إليه أشار فى المسالك كما قدمنا ذكره،و قد عرفت بعد ما تأولها به فليكن الحكم فى هذه الصوره،كذلك إذا اقتضته الأخبار بل هو أولى (۱)مما دلت عليه تلك الأخبار و إن لم يوافق قواعدهم.

الخامس:أن ما ذكره فى شرح النافع من أن المستفاد من الأخبار الصحيحه الاكتفاء بمضى ثلاثه أشهر خاليه من الحيض.إلخ فإن فيه أن الظاهر من تلك الأخبار و إن تفاوتت ظهورا و خفاء أن المراد إنما هو بعد الطلاق،بمعنى أن أى الأمرين سبق من ثلاثه أشهر بيض أو الأقراء الثلاثه فقد بانت به،للاتفاق نصا و فتوى، على أنه متى تمت ثلاثه أشهر بيض بعد الطلاق فإنها تخرج من العده إلا أن تدعى حبلا كما دلت عليه روايات محمد بن حكيم،أما لو عرض لها الحيض قبل تمام الثلاثه و لم يحصل بها ثلاثه أقراء متواليه فإنها تكون حينئذ مسترابه.

ففى موثقه جميل (۲)عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام قال:

«أى الأمرين

۱- ۱) و بيان وجه الأولويه أنه إذا صح الاعتداد بالثلاثه الأشهر المشتمله على الحيض كما دلت عليه الاخبار المشار إليها فالاعتداد بهذه الثلاثه التى إنما زيدت احتياطا،و الا فالعده الموجبه للخروج لو حصلت بالتسعه أولا أولى بالصحه،و هو ظاهر.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) الروايه المنقوله ليست بموثقه جميل بل هى موثقه زراره التى سيرويها المصنف بعد سطور،أما موثقه جميل فليست بهذه العباره،راجع:الكافى ج ۶ ص ۹۸ ح ۱،التهذيب ج ۸ ص ۶۸ ح ۱۴۵ و ص ۱۱۸ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۱ و ۴۱۴ ب ۴ ح ۵ و ۱۲.

سبق إلیها فقـد انقضت عـدتها،إن مرت بها ثلاثه أشـهر لا تری فیها دما فقـد انقضت عـدتها،و إن مضت ثلاثه أقراء فقد انقضـت عدتها».

و فی روایه أبی مریم (۱)

«فإن انقضت ثلاثه أشهر من یوم طلقها فقد بانت منه».

و فی موثقه زراره (۲)عن أحدهما علیهما السلام قال:

«أی الأمرین سـبق إلیها فقد انقضت عدتها،إن مرت بها ثلاثه أشـهر لا تری فیها دما فقد انقضت عدتها،و إن مرت بها ثلاثه أقراء فقد انقضت عدتها».

و المراد بالسـبق یعنی بعد الطلاق،بمعنی أن أیهما تقدم علی الآخر فقد حصـلت به البینونه،و إلا فحصول الثلاثه البیض بعد تقدم الـدم مره أو مرتین غیر مجـد و لاـ موجب للخروج من العـده لحصول الاـسترابه بالحمـل کمـا دلت علیه روایه سوره (۳)فإنها قد تضـمنت أنه بعـد حصول حیضه لهـا فی الثلاـثه الأشـهر الأول انقطع الـدم عنها ثلاثه أشـهر أخری،و قـد حکم علیه السـلام علیها بالاسترابه،و أن تعتد بالتسعه و لم یلتفت إلی تلک الثلاثه البیض التی مرت بعد تلک الثلاثه التی فیها الدم.

نعم فی صـحیحه زراره أو حسنته المتقدمه ما یوهم ذلک کما تقدمت الإشاره إلیه إلا أن المفهوم من کلام الأصحاب إنما هو ما ذکرناه.

و یمکن الجواب عن الروایه المـذکوره بـأن غایه ما تـدل علیه بالمفهوم هو أنه إن مرت بها ثلاث حیض و کان بینها ثلاثه أشـهر فإنها لا تعتد بالأقراء.

و أنت خبیر بأنه لا یلزم من عدم اعتدادها بتلک الثلاثه الأشهر البیض

ص: ۴۲۳

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۲۰ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۳ ب ۱۳ ح ۳.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۰۰ ح ۹،التهذیب ج ۸ ص ۱۱۸ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۱ ب ۴ ح ۳ و مـا فی المصادر اختلاف یسیر.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۱۹ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۳ ب ۱۳ ح ۲.

لجواز أن يرجع حكمها إلى المسترابه كما قلنا،فتعتد بتسعه أشهر ثم الثلاثه كما دل عليه خبر سوره.

و بالجمله فإن عدم الاعتداد بالأقراء أعم من الاعتداد بتلك الثلاثه الأشهر البيض المفروضه،و من الانتقال إلى حكم المسترابه الذى نحن فيه كما هو ظاهر، و حينئذ فلا منافاه فى الروايه لما تدعيه (۱)السادس:ما ذكروه من أنه ليس فى الروايه ما يدل على أنه لمكان الحمل.

إلخ،و الظاهر أن المراد بهذا الكلام الرد على الأصحاب فيما ذكروه من الاستدلال بالروايه على ما ادعوه مما قدمنا ذكره من أنها إذا حاضت فى الثلاثه الأول ثم احتبست الحيضه الثانيه أو الثالثه فقد استرابت بالحمل.

فاعترضوهم بأنه ليس فى الروايه ما يدل على مكان الحمل و إن أشعر به التقييد بالتسعه،إلا أنه يخالفه التقييد بكون التسعه من حين الطلاق.

و فيه ما عرفت آنفا من أنه و إن كان الأمر كما ذكروه بالنسبه إلى هذه الروايه إلا أنه بانضمام ما قدمناه من الأخبار الوارده فى هذه المسأله معتضده باتفاق كلمه الأصحاب فإنه يعلم أن الاعتداد بالتسعه ثم الثلاثه بعدها إنما هو فى المسترابه لا غير،و أما المنافاه التى أشار إليها فقد عرفت الجواب عنها فى الموضع الثالث.

و بالجمله فإنه بعد ورود هذه الأخبار التى ذكرناها متضمنه إلى روايه سوره التى اعترضوها بهذه الوجوه لا ينبغى الالتفات إلى ما ذكروه،لجريان ما ذكروه فى الأخبار المذكوره كملا وردها بهذه التخريجات العقليه مع وضوحها فى الدلاله و عدم المعارض مما لا يتجشمه محصل.

الثانى من القولين المتقدمين:أنها تصبر سنه لأنها أقصى مده الحمل،فإن ظهر بها

۱- ۱) أقول:و بذلك يظهر ما فى كلام الفاضل الخراسانى فى الكفايه[كفايه الأحكام ص ۲۰۴]تبعا للسيد السند المذكور حيث قال فى الكفايه:و المستفاد من صحيحه زراره الاكتفاء بثلاثه أشهر بيض و ان تخلل بين الحيضتين فالقول به متجه،انتهى.(منه- قدس سره-).

حمل اعتدت بوضعه،و إن مرت الأقراء الثلاثه بها ضمن هذه المده اعتدت بها، و إلا اعتدت بثلاثه أشهر بعد كمال السنه إن لم يتم الأقراء فی أثنائها.

و علی هذا القول یدل ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۱)عن عمار الساباطی فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه سئل عن رجل عنده امرأه شابه و هی تحیض کل شهرین أو ثلاثه أشهر حیضه واحده،کیف یطلقها زوجها؟فقال:أمرها شدید، تطلق طلاق السنه تطلیقه واحده علی طهر من غیر جماع بشهود،ثم یترک حتی تحیض ثلاث حیض متی حاضت،فإذا حاضت ثلاثا فقد انقضت عدتها،قیل له:

و إن مضت سنه و لم تحض فیها ثلاث حیض؟فقال:یتربص بها بعد السنه ثلاثه أشهر،ثم قد انقضت عدتها،قیل:فإن مات أو ماتت؟فقال:أیهما مات ورثه صاحبه ما بینه و بین خمسه عشر شهرا».

و ظاهر الشیخ فی النهایه الجمع بین روایه عمار المذکوره و روایه سوره ابن کلیب بحمل الاولی علی احتباس الدم الثالث فیجب علیها الصبر إلی سنه، و الثانیه علی احتباس الدم الثانی فتصبر إلی تسعه،ثم تعتد بثلاثه أشهر فی کلا الحالتین.

قال-رحمه الله علیه-فی کتاب النهایه (۲):و إذا کانت المرأه مسترابه فإنها تراعی الشهور و الحیض،فإن مرت بها ثلاثه أشهر بیض لم تر فیها دما فقد بانت منه بالشهور،و إن مرت بها ثلاثه أشهر إلا یوما ثم رأت الدم کان علیها أن تعتد بالأقراء،فإن تأخرت عنها الحیضه الثانیه فلتصبر من یوم طلقها إلی تمام التسعه أشهر،فإن لم تر دما فلتعتد بعد ذلک ثلاثه أشهر و قد بانت منه،فإن رأت الدم فیما بینها و بین التسعه أشهر ثانیا و احتبس علیها الدم الثالث فلتصبر تمام السنه ثم

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۹۸ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۱۹ ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۲ ب ۱۳ ح ۱ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

۲- ۲) النهایه ص ۵۳۲.

تعتد بعد ذلک بثلاثه أشهر تمام الخمسه عشر شهرا و قد بانت منه،و أیهما مات ما بینه و بین الخمسه عشر شهرا ورثه صاحبه،انتهی.

و فی الاستبصار صرح بالعمل بروایه سوره بن کلیب،و حمل موثقه عمار علی الفضل و الاستحباب بمعنی أن الأفضل لها أن تعتد إلی خمسه عشر شهرا.

و المحقق فی الشرائع بعد أن نقل عن الشیخ فی النهایه حمل روایه عمار علی احتباس الدم الثالث،نسبه إلی التحکم،و هو القول بغیر دلیل.

و وجهه أن الخبر المذکور لا تعرض فیه لکون المحتبس هو الدم الثالث، بل غایه ما تضمنت أنها لم تحض فی السنه ثلاث حیض أعم من أن تکون حاضت فیها مره أو مرتین.

و اعتذر فی ذلک للشیخ-رحمه الله علیه-عما أورد علیه بأن هذا التنزیل الذی ذکره فی النهایه یوافق ظاهر الخبرین،قال:و لأنه قال فی الخبر الأول -یعنی خبر سوره-أنها لم تطمث فی الثلاثه الأشهر إلا مره ثم ارتفع حیضها، و هو صریح فی احتباس الثانیه و أوجب التربص تسعه أشهر.إلخ.و قال فی الثانی:أنه انقضت سنه و لم تحض فیها ثلاث حیض،و هذا و إن کان شاملا لنفی الثانیه أو الثالثه إلا أن طریق الجمع بینهما بحمله علی احتباس الثالثه،و القرینه قوله«لم تحض فیها ثلاث حیض»فإنها لو لم تحض إلا مره یقال لم تحض فیها حیضتین أو إلا حیضه،فهذا وجه مصیر الشیخ إلی ما ذکره من التنزیل.

ثم اعترضه بأنه مع ذلک لا یسلم من التحکم،لأن الفرق بین احتباس الثانیه و الثالثه لا مدخل له فی هذه الأحکام،فإن احتمال الحمل یوجب فساد اعتبار الاثنتین کما یوجب فساد الواحده،و أقصی الحمل مشترک بین جمیع أفراد النساء بالتسعه أو السنه أو غیرهما،فالفرق بین جعل مده التربص للعلم بالبراءه من الحمل تسعه تاره و سنه أخری یرجع إلی التحکم،انتهی.

ثم قال:و علی تقدیر الاعتبار بروایه عمار فیما ذکره الشیخ فی الاستبصار

ص :۴۲۶

من الجمع أدخل فی الحکم.

أقول:و إلی الجمع بما ذکره فی الاستبصار مال فی المختلف أیضا،و کیف کان فإن الظاهر عندی هو الاعتماد علی روایه سوره فی هذه المسأله لاعتضادها کما عرفت بالأخبار التی قدمناها حسبما أوضحناه من التحقیق المتقدم.

و بذلک یظهر لک ما فی قوله فی المسالک (۱)«اعلم أن طریق الروایتین قاصر عن إفاده مثل هذا الحکم خصوصا روایه سوره،لکن الشهره مرجحه لجانبها علی قاعدتهم،و لو قیل بالاکتفاء بالتربص مده یظهر فیها انتفاء الحمل کالتسعه من غیر اعتبار مده اخری کان وجها»فإنه جید بناء علی التمسک بهذا الاصطلاح المحدث و عدم المراجعه لما أسلفناه من الأخبار،و إلا فمع ملاحظه الأخبار المذکوره سیما مع صحه سند بعضها و اعتبار الباقی منها و کثرتها فإنه لا مجال للتوقف فی الحکم بالثلاثه بعد التسعه،و قد تقدم فی کلام سبطه السید السند المیل إلی الاکتفاء بالثلاثه الأشهر الخالیه من الحیض،و قد عرفت ما فیه،و الحق کما عرفت هو وجوب الجمیع کما علیه الأصحاب قدیما و حدیثا.

تنبیهان

الأول [اختصاص الحکم المذکور بالحره]

لا یخفی أن ما ذکرنا من الحکم المذکور مخصوص بالحره کما تقدمت الإشاره إلیه فی صدر البحث الأول،و یشیر إلیه الأمر بالاعتداد بثلاثه أشهر بعد التسعه أو السنه و مراعاه الأقراء الثلاثه،فلو کانت أمه اعتبر عدتها فی الأمرین.

الثانی [فی ما ذهب إلیه الشهید الثانی فی الروضه]

قال شیخنا الشهید الثانی فی الروضه (۲):و إطلاق النص و الفتوی یقتضی عدم الفرق بین استرابتها بالحمل و عدمه فی وجوب التربص تسعه أو سنه ثم الاعتداد بعدها حتی لو کان زوجها غائبا عنها فحکمها کذلک،و إن کان ظاهر الحکم

۱- ۱) مسالک الافهام ج ۲ ص ۳۹.

۲- ۲) شرح اللمعه ج ۲ ص ۱۳۶.

يقتضى اختصاصه بالمسترابه،ثم نقل عن المصنف أنه احتمل فى بعض تحقيقاته الاكتفاء بالتسعه لزوجه الغائب محتجا بحصول مسمى العده.

أقول:ما ذكره من إطلاق النص و الفتوى فى إيجاب الاعتداد بالتسعه أو السنه ثم ثلاثه أشهر بعدهما و إن لم تكن مسترابه بالحمل عندى محل نظر.

أما النص فإنه و إن كان كذلك بالنظر إلى ظاهر روايتى سوره و عمار إلا أن المفهوم أن المستفاد من جمله من الأخبار(۱)و منها روايات ابن حكيم المتقدمه أن انقطاع الحيض إما من فساد من الحيض أو حصول الحمل،فإنه يحصل العلم بالأمرين بمرور ثلاثه أشهر بيض،فإنها إن استرابت بالحمل صبرت إلى التسعه أو العشره،و إلا انقضت عدتها بتلك الأشهر الثلاثه البيض لمعلوميه كون ذلك من فساد فى الحيض،و الغائب عنها زوجها كما فرضه لا يقوم فيها احتمال الحمل فلا تكون مسترابه،و يتعين أن يكون انقطاع دمها فى تلك الثلاثه متى مرت بها ثلاثه أشهر بيض إنما هو لفساد فى الحيض فتعتد بها و تخرج من العده،و لا يجب عليها انتظار التسعه أشهر أو العشره كما توهمه-رحمه الله عليه.

و من الروايات الداله علی ما ذکرنا زیاده علی ما تقدم ما رواه

محمد بن حکیم (۱)أیضا قال:

«سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن امرأه یرتفع حیضها،فقال:ارتفاع الطمث ضربان:فساد من حیض و ارتفاع من حمل،فأیهما کان فقد حلت للأزواج إذا وضعت أو مرت بها ثلاثه أشهر بیض و لیس فیها دم».

و هی کما تری ظاهره بل صریحه فی أنه مع العلم بعدم الحمل کما هو المفروض فی کلامه بالنسبه إلی من غاب عنها زوجها فإنها تخرج من العده بمرور ثلاثه أشهر بیض سواء کان من أول الأمر کما هو متفق علیه أو بعد ذلک کما فیما نحن فیه،لأنها بعد أن رأت الدم مره أو مرتین ثم انقطع ثلاثه أشهر فصاعدا مع غیبه زوجها عنها فإنه لا استرابه بالحمل فیعلم أن ذلک لفساد فی الحیض، فیکفی الثلاثه الأشهر فی الخروج من العده،لأنه علیه السلام فی هذا الخبر قد حکم بأنه إذا مرت بها ثلاثه أشهر بیض مع معلومیه عدم الحمل خرجت بها من العده لمعلومیه أن انقطاع الحیض إنما هو لفساد فی الحیض دون احتمال الحمل،و مع معلومیه الحمل فإنها تعتد بوضعه،و هو ظاهر.

و علی هذا فإطلاق الخبرین المذکورین محمول علی احتمال الاسترابه بالحمل،و إلا فمع تعین عدم الاسترابه فإنه لا ضروره إلی الصبر تسعه فضلا عن العشره.

و أما ما ادعاه من إطلاق الفتوی فهو و إن وقع فی بعض العبارات اعتمادا علی ظهور الحکم و أن بلوغ التسعه أو العشره إنما هو من حیث الاسترابه بالحمل إلا أن أکثر العبارات قد اشتمل علی التقیید.

أما فی صدر الکلام-کما فی عباره الشیخ فی النهایه المتقدمه-فإنه جعل محل البحث و الکلام فی المسأله المسترابه و نحوها کلام أتباعه.

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۳۰ ح ۴۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۴ ب ۴ ح ۱۶ و فیهما «سألت أبا الحسن»مع اختلاف یسیر.

و أما فی الأثناء کما عبر به المحقق فی الشرائع حیث قال:أما لو رأت فی الثالث حیضا و تأخرت الثانیه أو الثالثه صبرت تسعه أشهر لاحتمال الحمل، ثم اعتدت بعد ذلک بثلاثه أشهر.إلخ.

و نحوها عبارته فی النافع أیضا (۱)و هو کما تری صریح فی أن الصبر تسعه أشهر إنما هو لاحتمال الحمل،فلو لم یکن محتملا لم یجب علیه الصبر المده المذکوره،و لا ما ذکر بعد ذلک.

و قال ابن إدریس فی السرائر بعد نقل کلام النهایه المتقدم:و الذی یقوی فی نفسی أنها إذا احتبس عنها الدم الثالث بعد مضی تسعه أشهر اعتدت بعدها بثلاثه أشهر تمام السنه لأنها تستبرئ بتسعه أشهر و هو أقصی مده الحمل،فیعلم أنها لیست حاملا ثم تعتد بعد ذلک عدتها و هی ثلاثه أشهر.إلخ.و هو صریح أیضا فیما قلناه،فإن الغائب عنها زوجها قد علم أنها لیست حاملا من أول الأمر فلا یحتاج إلی التربص تسعه أشهر،و هو ظاهر،إلی غیر ذلک من عباراتهم. (۲)

و بالجمله فإن ما ذکره-رحمه الله علیه-من الکلام المذکور بمحل من القصور کما عرفت،و بذلک یظهر أیضا ما فی الذی نقله عن الشهید من الاحتمال فإنه أبعد بعید فی هذا المجال،إذ المفهوم من الأخبار أن التسعه إنما هی من حیث احتمال الاسترابه بالحمل،و هو الموافق للأصول کما اعترف به و عبر عنه بظاهر الحکم لا فی مقام یقطع فیه بعدمه،بل الظاهر إنما هو الخروج بالثلاثه البیض الحاصله قبل بلوغ التسعه.

۱- ۱) أقول:قال السید السند فی شرح النافع-بعد قول المصنف:صبرت تسعه أشهر لاحتمال الحمل-ما لفظه:و یستفاد من التعلیل باحتمال الحمل أنه لو علم انتفاؤه بغیبه الزوج و نحوه لم یجب علیها التربص کذلک بل تعتد بثلاثه أشهر.انتهی،و منه یعلم ضعف ما ذکره جده-قدس سره-و توهمه من إطلاق عبارات الأصحاب.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) و قال فی القواعد:أما لو رأت الدم فی الثالث و تأخرت الحیضه الثانیه و الثالثه صبرت تسعه أشهر لتعلم براءه رحمها ثم اعتدت بعد ذلک ثلاثه أشهر،.إلخ،فانظر الی تعلیله الصبر إلی التسعه بالعلم ببراءه رحمها،فلو کان براءه الرحم معلومه کما فی زوجه الغائب فإنه لا یوجب الصبر تسعه أشهر.(منه-قدس سره-).

البحث الثالث [فی طلاق الصغیره التی لم تبلغ تسع سنین]

اشاره

قد عرفت أن المرأه إذا کانت فی سن من تحیض و هی لا تحیض فإن عدتها ثلاثه أشهر بلا خلاف،و لکن الأصحاب قد اختلفوا هنا فی الصغیره التی لم تبلغ تسع سنین إذا طلقت بعد الدخول بها و إن فعل زوجها محرما، و کذا فی الیائسه هل علیها عده أم لا؟و کذا فی صوره الفسخ و وطء الشبهه الموجبین للعده فی غیر هذا الموضع.

فالمشهور بین الأصحاب أنه لا عده علیها،و به صرح الشیخان و الصدوقان و سلار و أبو الصلاح و ابن البراج و ابن حمزه و من تأخر عنه.

قال السید المرتضی:الذی أذهب إلیه أن علی الآیه-من الحیض و التی لم تبلغ-العده علی کل حال من غیر شرط الذی حکیناه عن بعض أصحابنا-یعنی بذلک أن لا تکون فی سن من تحیض-و تبعه فی ذلک ابن زهره،و المعتمد هو الأول کما تکاثرت به الأخبار عن الأئمه الأطهار علیهم السلام.

و منها ما رواه

فی الکافی (1)عن عبد الرحمن بن الحجاج قال:

«قال أبو عبد الله علیه السلام:ثلاث یتزوجن علی کل حال،التی لم تحض و مثلها لا تحیض،قال:قلت:

و ما حدها؟قال:إذا اتی لها أقل من تسع سنین،و التی لم تدخل بها،و التی قد یئست من المحیض و مثلها لا تحیض،قال:قلت:و ما حدها؟قال:إذا کان لها خمسون سنه».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب (2)فی الموثق عن عبد الرحمن بن الحجاج قال:

« سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:ثلاث یتزوجن علی کل حال،التی قد یئست من المحیض و مثلها لا تحیض قلت:و متی تکون کذلک؟قال:إذا بلغت ستین سنه فقد یئست من المحیض و مثلها لا تحیض،و التی لم تحض و مثلها لا تحیض،قلت:و متی تکون کذلک؟قال:ما لم تبلغ تسع سنین،فإنها لا تحیض و مثلها لا تحیض،و التی لم یدخل بها».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۸۵ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۶ ب ۲ ح ۴.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۶۹ ح ۸۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۹ ب ۳ ح ۵.

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن جمیل عن بعض أصحابنا عن أحدهما علیهما السلام

«فی الرجل یطلق الصبیه التی لم تبلغ و لا تحمل مثلها و قد کان دخل بها،و المرأه التی قد یئست من الحیض و ارتفع حیضها و لا تلد مثلها،قال:لیس علیهما عده و إن دخل بهما».

و ما رواه

فی الفقیه (۲)عن جمیل أنه قال

«فی الرجل-الحدیث إلی قوله- عده». فیکون الخبر صحیحا.

و ما رواه

فی الکافی (۳)فی الصحیح أو الحسن عن حماد بن عثمان عمن رواه عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الصبیه التی لا تحیض مثلها و التی قد یئس من المحیض،قال:

لیس علیهما عده و إن دخل بهما».

و عن محمد بن مسلم (۴)فی الموثق عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«التی لا تحبل مثلها لا عده علیها».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه (۵)-رحمه الله علیهم-عن محمد بن مسلم قال:

«سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول فی المرأه التی قد یئست من المحیض یطلقها زوجها،قال:قد بانت منه و لا عده علیها».

و ما رواه

فی التهذیب (۶)فی الصحیح عن حماد بن عثمان قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن التی قد یئست من المحیض،و التی لا تحیض مثلها،قال:لیس علیهما عده».

و عن جمیل بن دراج (۷)عن بعض أصحابنا عن أحدهما علیهما السلام

«فی الرجل

ص: ۴۳۲

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۸۴ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۶ ب ۲ ح ۳.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۳۳۱ ح ۴.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۸۵ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۹ ب ۳ ح ۳.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۸۵ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۹ ب ۳ ح ۲.

۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۸۵ ح ۵،الفقیه ج ۳ ص ۳۳۱ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۶۸ ح ۱۳۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۸ ب ۳ ح ۱.

۶- ۶) التهذیب ج ۶ ص ۶۶ ح ۱۳۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۵ ب ۲ ح ۱.

۷- ۷) التهذیب ج ۶ ص ۶۶ ح ۱۳۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۵ ب ۲ ح ۲.

يطلق الصبيه التى لم تبلغ و لا تحمل مثلها،قال:ليس عليها عده و إن دخل بها».

و نقل عن المرتضى-رحمه الله عليه-الاحتجاج على ما ذهب إليه بقوله تعالى «وَ اللاّئِی یَئِسْنَ مِنَ الْمَحِیضِ مِنْ نِسائِکُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَهُ أَشْهُرٍ وَ اللاّئِی لَمْ یَحِضْنَ» (۱)قال:و هذا صريح فى أن الآيات و اللائى لم يحضن عدتهن الأشهر على كل حال.

ثم أورد على نفسه بأن فى الآيه شرطا و هو قوله تعالى «إِنِ ارْتَبْتُمْ» و هو منتف عنهما،ثم أجاب بأن الشرط لا ينفع أصحابنا،لأنه غير مطابق لما يشترطونه و إنما يكون نافعا لهم لو قال تعالى:إن كان مثلهن يحضن فى الآيسات و فى اللائى لم يبلغن المحيض إذا كان مثلهن تحيض.و إذا لم يقل تعالى ذلك بل قال «إِنِ ارْتَبْتُمْ» و هو غير الشرط الذى شرطه أصحابنا فلا منفعه لهم به.و لا يخلو قوله تعالى «إِنِ ارْتَبْتُمْ» أن يريد به ما قاله جمهور المفسرين و أهل العلم بالتأويل من أنه تعالى قال:إن كنتم مرتابين فى عده هؤلاء النساء و غير عالمين بمبلغها.

و وجه المصير فى هذا التأويل ما روى فى سبب نزول هذه الآيه أن ابى بن كعب قال:يا رسول الله إن عددا من عدد النساء لم يذكر فى الكتاب الصغار و الكبار و أولات الأحمال،فأنزل الله تعالى «وَ اللاّئِی یَئِسْنَ» إلى قوله «وَ أُولاتُ الْأَحْمالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ یَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» فكان هذا دالا على أن المراد بالارتياب ما ذكرناه، لا الارتياب بأنها يائسه أو غير يائسه لأنه تعالى قد قطع فى الآيه على اليأس من المحيض و المشكوك فى حالها و المرتاب فى أنها تحيض أو لا تحيض لا تكون يائسه.

ثم أطال فى الكلام على عادته-رحمه الله عليه-فى كل مقام،و أجيب عن ذلك بمنع كون المراد بالريبه بالمعنى الذى ذكره إذ من المحتمل عودها إلى اليأس من المحيض،و إنما أتى بالضمير مذكرا لكون الخطاب مع الرجال كما يدل عليه قوله «مِنْ نِسائِکُمْ» ،و لأن النساء يرجعن فى معرفه أحكامهن أو إلى

۱- ۱) سوره الطلاق-آيه ۴.

رجالهن أو إلى العلماء فكأن الخطاب لهم لا للنساء.

أقول:و يؤيد ما ذكروه من رجوع الريبه إلى النساء ما رواه

الشيخ (۱)فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألت عن قول الله عز و جل «إِنِ ارْتَبْتُمْ» ما الريبه؟فقال:ما زاد على شهر فهو ريبه،فلتعتد ثلاثه أشهر و لتترك الحيض،و ما كان فی الشهر لم یزد فی الحیض علی ثلاث حیض فعدتها ثلاث حیض».

قال الشیخ (۲)-رحمه الله علیه-:الوجه فیه أنه إن تأخر الدم عن عادتها أقل من الشهر فلیس لریبه الحبل بل ربما کان لعله،فلتعتد بالأقراء،فإن تأخر الدم شهرا فإنه یجوز أن یکون للحبل فتعتد ثلاثه أشهر ما لم تر فیها دما،انتهی.

و توضیحه:أنه لما کان مقتضی الطبیعه و العاده التی جعلها الله فی النساء هو الحیض فی کل شهر مره فلو انقطع عنها ذلک شهرا فصاعدا کان ذلک لریبه فلتعتد بالشهور،و إذا مضت لها ثلاثه أشهر بیض و لا تنتظر الحیض التی کانت تعتاده سابقا إن رأت الدم فی الشهر فلا ریبه هنا،و إن تأخر عن عادتها فلتعتد بالحیض.و مرجع ذلک إلی ما تقدم من الأخبار الداله علی أن أیهما سبق من الشهور أو الأقراء اعتدت به،و قد تقدم فی صدر البحث الأول نقلا عن الطبرسی فی مجمع البیان معنی آخر للریبه یرجع إلی تعلقها بالنساء أیضا،و قد أسنده إلی أئمتنا علیهم السلام.

و بذلک یظهر لک أن ما ذکره-رحمه الله علیه-من المعنی الذی اعتمد فیه علی تلک الروایه العامیه التی نقلها لیس مما یعول علیه و لا یلتفت إلیه،و مع الإغماض عن ذلک فلا أقل أن یکون ما ذکرناه محتملا فی الآیه و مساویا لما ذکره من الاحتمال،فإنه کاف فی دفع تعلقه بالآیه و الاستناد إلیها فی الاستدلال.نعم ربما ظهر ما ذکره من بعض الأخبار الوارده فی المقام،و منها:

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۱۸ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۰ ب ۴ ح ۲.

۲- ۲) الاستبصار ج ۳ ص ۳۲۵ ذیل ح ۱۰.

ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۱)عن علی بن أبی حمزه عن أبی بصیر قال:

«عده التی لم تبلغ المحیض ثلاثه أشهر،و التی قد قعدت عن المحیض ثلاثه أشهر».

قال فی الکافی-بعد ذکر الروایات التی قدمنا نقلها عنه داله علی القول المشهور-:

و قد روی أن علیهن العده إذا دخل بهن-ثم أورد هذه الروایه ثم قال:-و کان ابن سماعه یأخذ بها،و یقول:إن ذلک فی الإماء لا یستبرئن إذا لم یکن بلغن الحیض،فأما الحرائر فحکمهن فی القرآن،یقول الله عز و جل «وَ اللاّئِی یَئِسْنَ مِنَ الْمَحِیضِ مِنْ نِسائِکُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَهُ أَشْهُرٍ وَ اللاّئِی لَمْ یَحِضْنَ» و کان معاویه بن حکیم یقول:لیس علیهن عده،و ما احتج به ابن سماعه فإنما قال الله عز و جل «إِنِ ارْتَبْتُمْ» و إنما ذلک إذا وقعت الریبه بأن قد یئسن،فأما إذا جازت الحد و ارتفع الشک أنها قد یئست أو لم تکن الجاریه بلغت الحد فلیس علیهن عده،انتهی ما ذکره فی الکافی.

و کلامه هنا فی معنی الریبه یرجع إلی ما قدمنا نقله عن الطبرسی الذی أسنده إلی الأئمه علیهم السلام،و علی هذا فالمراد باللائی یئسن من المحیض فی الآیه یعنی فی الجمله،فإن حصل الشک و الریبه فی تحققه و عدمه فالحکم الاعتداد بالأشهر الثلاثه و کذا من لم تحض لصغر کان أم لا،فإن عدتها ثلاثه أشهر.

و بالجمله فإن الآیه ظاهره فی تقیید اعتداد الیائسه بالثلاثه الأشهر بالریبه فلا تثبت بدونها،و الریبه علی ما عرفت من الخبر،و کلام هذین الفاضلین إنما ترجع إلی الشک فی بلوغ السن الذی یحصل الیأس،کما هو ظاهر کلام الفاضلین المذکورین،أو الریبه فی الحمل کما هو ظاهر الخبر،و علی کل منهما یسقط تعلقه بالآیه،و هذا بحمد الله سبحانه ظاهر لا ستره علیه.

ثم إنه فی الکافی لم یتعرض للجواب عن الخبر المذکور مع رده له،و المتأخرون

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۸۵ ح ۵،التهذیب ج ۸ ص ۶۷ ح ۱۴۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۷ ب ۲ ح ۶.

قد ردوه بضعف السند بجماعه من رواته مع أنها غير مستنده إلى إمام،فلا يعارض بها تلك الأخبار المتقدمه.

و قال الشيخ فى الكتابين (۱):هذا الخبر نحمله على من يكون مثلها تحيض لأن الله تعالى شرط ذلك و قيده بمن يرتاب بحالها،قال الله تعالى «وَ اللاّٰئِی یَئِسْنَ مِنَ الْمَحِیضِ مِنْ نِسٰائِکُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاٰثَهُ أَشْهُرٍ وَ اللاّٰئِی لَمْ یَحِضْنَ» فشرط فى إيجاب العده ثلاثه أشهر بأن تكون مرتابه،و كذلك كان التقدير فى قوله «وَ اللاّٰئِی لَمْ یَحِضْنَ» أى فعدتهن ثلاثه أشهر،و هذا أولى مما قاله ابن سماعه لأنه قال:تجب العده على هؤلاء كلهن،و إنما سقط عن الإماء العده،لأن هذا تخصيص منه فى الإماء من غير دليل،و الذى ذكرناه مذهب معاويه بن حكيم من متقدمى فقهاء أصحابنا و جميع الفقهاء المتأخرين،و هو مطابق لظاهر القرآن و قد استوفينا تأويل ما يخالف ما أفتينا به مما ورد من الأخبار فيما تقدم،انتهى.

أقول:و ما ذكره من التأويل للخبر المذكور ظاهر بالنسبه إلى التى قعدت عن المحيض،و هى اليائسه بمعنى أنها قعدت عن المحيض و الحال أن مثلها تحيض.

أما بالنسبه إلى الصغيره التى عبر عنها بأنها لم تبلغ الحيض فهو مشكل، لأن المتبادر منها أنها التى لم تبلغ التسع،و حينئذ فلا يتجه قوله«إن مثلها تحيض»إلا أن يحمل قوله«لم تبلغ المحيض»أى لم تحض بالفعل،و هو و إن كان بعيدا إلا أنه فى مقام الجمع غير بعيد لضروره الجمع بين الأخبار.و كيف كان فإنه ينافيه الخبر الآتى.

و منها ما رواه

فى التهذيب (۲)عن محمد بن حكيم قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام فقلت:المرأه التى لا تحيض مثلها و لم تحض كم تعتد؟قال:ثلاثه أشهر،قلت:

فإنها ارتابت،قال:تعتد آخر الأجلين تعتد تسعه أشهر،قلت:فإنها ارتابت

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۶۸ ذيل ح ۱۴۳ الاستبصار ج ۳ ص ۳۳۸ ذيل ح ۴ و يظهر أن المصنف نقله بالمعنى.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۶۸ ح ۱۴۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۴ ب ۴ ح ۱۸.

قال:ليس عليها ارتياب،لأن الله تعالى جعل للحبل وقتا فليس بعده ارتياب».

و الخبر كما ترى ظاهر فى أن من لم تحض و لا تحيض مثلها فإنها تعتد ثلاثه أشهر و هو صادق على الصغيره و اليائسه،و لا وجه للجواب عنها إلاـ بالحمل على زياده«لا»فى قوله«التى لا تحيض مثلها»من قلم الشيخ أو النساخ.إلا أن فى الخبر إشكالا من وجه آخر،و هو أن السائل قال:«قلت:فإن ارتابت-يعنى بعد الثلاثه أشهر-قال عليه السلام:تعتد تسعه أشهر»و حينئذ فمتى حملنا الخبر على الصغيره التى لم تبلغ التسع فكيف يمكن فرض الارتياب فيها باحتمال الحبل و هى لم تبلغ التسع؟ و بالجمله فالخبر على ظاهره غير مطابق للقواعد الشرعيه و الضوابط المرعيه، فلا أوسع من رده إلى قائله عليه السلام.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب (۱)عن عبد الله بن سنان فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام

«قال فى الجاريه التى لم تدرك الحيض،قال:يطلقها زوجها بالشهور، و قيل:فإن طلقها تطليقه ثم مضى شهر ثم حاضت فى الشهر الثانى؟قال:فقال:

إذا حاضت بعد ما طلقها بشهر ألقت ذلك الشهر و استأنفت العده بالحيض،فإن مضى لها بعد ما طلقها شهران ثم حاضت فى الثالث أتمت عدتها بالشهور،فإذا مضى لها ثلاثه أشهر فقد بانت منه،و هو خاطب من الخطاب،و هى ترثه و يرثها ما كانت فى العده».

و هو ظاهر كما ترى فى وجوب العده بالشهور على الصغيره التى لم تدرك الحيض أى لم تبلغ.و يمكن الجواب عنه بحمل قوله«لم تدرك الحيض»أى لم يقع بها حيض و إن كانت فى سن من تحيض،و باب المجاز واسع.

و لكن يبقى فى الخبر أيضا إشكال من وجه آخر،حيث إنه حكم بأنه إذا

۱- ۱) لم نعثر عليه فى الكافى،التهذيب ج ۸ ص ۱۳۸ ح ۸۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۷ ب ۲ ح ۷ و فيهما اختلاف يسير.

مضـی لها شـهران بعـد ما طلقها ثم حاضت فی الثالث فقـد انقضت عـدتها،و قد مضـی نظیره فی الأخبار التی تقدمت فی البحث الأـول من هـذا المقـام،إلاـ أن یحمل قوله «ثم حاضت فی الثالث»یعنی بعـد الثالث،فلا یبعـد حمل ما تضـمن وجوب العـده علی الصـغیره و الیـائسه من الأخبار علی التقیه لما صـرح به فی الوسائل (۱)من موافقتها لمـذاهب المخالفین،فإن ثبت فإنه لا مندوحه عنه،بل و إن لم یثبت إذ لیس بعـد دلاله ظاهر الآیه علی ما ذکرناه و اسـتفاضه الأخبار به کما عرفت و اتفاق علماء الفرقه الناجیه إلا من شذ علی ذلک إلا خروج هذه الأخبار مخرج التقیه بالمعنی المشهور أو المعنی الآخر الذی تقدمت الإشاره إلیه مرارا.

تنبیهات

الأول [فی نقد المصنف لما ذهب إلیه السید السند فی هذا المقام]

قـال السـید السـند فی شـرح النـافع:و اعلم أن المصـنف و جمعا من الأصـحاب صـرحوا بأن المراد بالصـغیره من نقص سـنها عن التسع،و مورد الروایـات الـتی لاـ تحیض مثلهـا،و هی تتنـاول من زاد سـنها علی التسع إذا لم یحض مثلهـا،و قـد وقع التصـریح فی صحیحه جمیل بعـدم وجوب العده علی من لم یحمل مثلها و إن کان قد دخل بها الزوج،مع أن الدخول بمن دون التسع محرم،و حمله علی الـدخول المحرم خلاف الظاهر،و لو قیل بسـقوط العده عن الصبیه التی لم یحمل مثلها و إن کانت قد تجاوزت التسع لم یکن بعیدا من الصواب و إن کان الاحتیاط یقتضی المصیر إلی ما ذکروه،انتهی.

و فیه نظر،و ذلـک لأـنه و إن کـان قـد ورد فی بعض الأخبـار التعبیر بـالتی لاـ تحیض مثلها کما ذکره،إلا أنهم قـد فسـروه علیهم السلام فی جمله من الأخبار بمن لم تبلغ التسع کما فی روایه عبد الرحمن بن الحجاج (۲)و هی الاولی من الروایات

۱- ۱) الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۷ ب ۲ ذیل ح ۶.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۸۵ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۶ ب ۲ ح ۴.

المتقدمه،فإنه لما عد علیه السلام من جمله الثلاث اللائی یتزوجن علی کل حال التی لا تحیض و مثلها لا تحیض سأله السائل:ما حدها؟قال:إذا أتی لها أقل من تسع سنین و مثلها موثقته (1)و هی الثانیه من الروایات،و حینئذ فیجب حمل ما أطلق من الأخبار علی هذین الخبرین لیرتفع التنافی بینهما و التدافع.

و أما ما اعتضد به من صحیحه جمیل (2)الداله علی الدخول بمن لا تحمل مثلها من أن الدخول بها حرام و أن الحمل علی الدخول المحرم خلاف الظاهر ففیه أن مرسله جمیل و هی الأخیره من الروایات المتقدمه قد تضمنت بأن الرجل یطلق الصبیه التی لم تبلغ و لا تحمل مثلها فقال علیه السلام«لیس علیها عده و إن دخل بها» و معلوم أن الدخول بها محرم.

و نحوها مرسله جمیل (3)الأخری و هی الثالثه من الروایات فی الرجل یطلق الصبیه التی لم تبلغ و لا تحمل مثلها و قد کان دخل بها،و من المعلوم أن الدخول بها حرام.

و فی معنا هما صحیحه حماد بن عثمان أو حسنته (4)عمن رواه عن أبی عبد الله علیه السلام.

و بذلک یظهر لک أن استبعاده الحمل علی الدخول المحرم-باعتبار إطلاق الروایه التی ذکرها-لیس فی محله،بل إطلاق الروایه المذکوره محمول علی تقیید هذه الأخبار.

و منه یظهر أن الحق ما قاله الأصحاب من أن محل البحث هی الصغیره التی لم تبلغ التسع و إن دخل بها و ارتکب المحرم فی الدخول بها.و أن ما توهمه من سقوط العده عمن بلغت التسع إذا لم تحمل مثلها فی غایه البعد عن الصواب لمنافاته

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۶۷ ح ۱۴۱ و ص ۱۳۷ ح ۷۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۱ ب ۳۳ ح ۴ و ح ۲ ص ۵۸۱ ب ۳۱ ح ۶.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۸۴ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۶ ب ۲ ح ۳.
۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۶۶ ح ۱۳۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۵ ب ۲ ح ۲.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۸۵ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۹ ب ۳ ح ۳.

لما دلت علیه أخبار الباب.و بالجمله فإن ما ذکره مجرد وهم نشأ عن قصور التتبع للأخبار کما عرفت.

الثانی [تحدید السن الذی به تکون المرأه یائسه]

اختلف الأصحاب فی تحدید السن الذی به تکون المرأه یائسه لاختلاف الأخبار،و نحن قد حققنا الکلام فی ذلک بما لا مزید علیه فی باب الحیض من کتاب الطهاره (۱)فمن أحب الوقوف علیه فلیرجع إلی الکتاب المذکور.

الثالث [لو رأت المطلقه الحیض مره ثم بلغت الیأس]

قد صرح الأصحاب بأنه لو رأت المطلقه الحیض مره ثم بلغت الیأس أکملت العده بشهرین.

و استدلوا علیه بما رواه

ثقه الإسلام فی الکافی و الشیخ عنه فی التهذیب (۲)عن هارون بن حمزه عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی امرأه طلقت و قد طعنت فی السن فحاضت حیضه واحده ثم ارتفع حیضها،فقال:تعتد بالحیضه و شهرین مستقبلین،فإنها قد یئست من المحیض».

و علل أیضا بأن الوجه فی ذلک حکم الشارع علیها بوجوب العده قبل الیأس و قد کانت حینئذ من ذوات الأقراء،فإذا تعذر إکمالها للیأس المقتضی انتفاء حکم الحیض مع تلبسها بالعده أکملت بالأشهر لأنها بدل عن الأقراء کما تقرر فیجعل لکل قرء شهر.

و الأولی أن یجعل هذه وجها للخبر المذکور لا عله مستقله لما قدمنا لک فی غیر موضع من أن أمثال هذه التعلیلات لا تصلح لتأسیس الأحکام الشرعیه،و لو فرض بلوغها حد الیأس بعد أن حاضت حیضتین احتمل إکمال العده بشهر کما هو مقتضی ما دلت علیه الروایه المذکوره،و لکن الأصحاب اقتصروا علی مورد الروایه،و لا تکاد توجد عده ملفقه من الأمرین إلا هذه،و إنما لم تجعل من انقطع

۱- ۱) الحدائق ج ۳ ص ۱۷۱.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۰۰ ح ۱۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۲۱ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۶ ب ۶ ح ۱.

دمها قبل تمام العده لعارض كذلك لأن عود الدم هنا ممكن و احتسابه من الحيض جائز،بخلاف اليأس الذى تبين به انقطاع الحيض بالمره.

البحث الرابع:فى جمله من الأحكام الملحقه بهذا المقام.

الأول [فى ما لو استمر الدم متشبها]

قال المحقق فى الشرائع (1):و لو استمر الدم مشتبها رجعت إلى عادتها فى زمان الاستقامه و اعتدت به و لو لم يكن لها عاده اعتبرت صفه الدم و اعتدت بثلاثه أقراء،و لو اشتبه رجعت إلى عاده نسائها،و لو اختلفن اعتدت بالأشهر،انتهى.

و المراد باستمراره أى تجاوزه العشره،و المراد باشتباهه فى هذا المقام هو أنه بعد تجاوز العاده متى كانت ذات عاده إلى أن يتجاوز العشره محتمل لأن يكون حيضا و عدمه،و إن كان مع الانقطاع قبل العشره أو تجاوزها يكون غير مشتبه، و ما ذكر من الرجوع بعد تجاوز العشره إلى العاده متى كانت ذات عاده و الاعتداد بها و كذا لو لم تكن ذات عاده بل كانت مبتدئه أو مضطربه من العمل بالتمييز إذا حصلت شرائطه المتقدمه فى باب الحيض مما لا إشكال فيه و لا خلاف.

إنما الإشكال فى قوله«و لو اشتبه رجعت إلى عاده نسائها»فإنه على إطلاقه-و إن

۱- ۱) أقول.بهذه العباره التى عبر بها المحقق عبر الشيخ فى النهايه،و مثله العلامه فى القواعد و التحرير من غير فرق بين المبتدئه و المضطربه،و قال فى الإرشاد:و المضطربه يرجع الى أهلها أو التميز،فان فقدت فإلى الأهل،هذا حكم المضطربه،و لم يذكر المبتدئه بالكليه مع أن الأمر كما عرفت فى الأصل على العكس،و زاد عطف التميز على الأهل ب«أو»الموجبه للتخيير. و ابن إدريس بعد أن نقل عباره الشيخ فى النهايه المتضمنه لتقديم التميز على عاده الأهل قال:و الاولى تقديم العاده على اعتبار صفه الدم،لأن العاده أقوى،فان لم يكن لنسائها عاده رجعت الى اعتبار صفه الدم،فقدم الرجوع الى النساء على التميز،و لم يفرق بين المبتدئه و المضطربه كما لم يفرق غيره أيضا. و بالجمله فإن كلامهم هنا لا يخلو من الاضطراب،و ليس لهذا الاختلاف هنا أصل يمضى عليه،و المعمول على ما تقدم فى باب الحيض[الحدائق ج ۳ ص ۲۳۴]من التحقيق فى ذلك.(منه-قدس سره-).

كان قد صرح به الشيخ قبله و العلامه فى أكثر كتبه بعده-محل إشكال،و ذلك لأن من لم يكن لها عاده و اعتبرت صفه الدم مراد بها المبتدئه و المضطربه كما عرفت،و مقتضى العباره أنهما مع فقد التميز ترجعان إلى عاده نسائهما،و هذا فى المبتدئه جيد لما تقدم فى باب الحيض من الأخبار الداله عليه،و قول الأصحاب به.و أما المضطربه فلا دليل عليه فيها،و لا قائل به إلا ما ينقل عن أبى الصلاح، و هو شاذ مردود بعدم الدليل عليه،بل الحكم فيها أنها مع فقد التميز ترجع إلى الروايات،و ليس لحكم الحيض فى العده أمر يقتضى هذا بخصوصه.

و بالجمله فإن تصريحهم بذلك هنا-على خلاف ما قرروه و اتفقوا عليه إلا الشاذ منهم كما عرفت فى باب الحيض-لا يخلو من تدافع.

نعم مقتضى ما قرروه فى باب الحيض أن المبتدئه مع فقد التميز و فقد عاده النساء،و المضطربه مع فقد التميز ترجعان إلى التحيض بالروايات المتقدمه فى باب الحيض.

و أما هنا فإن الأخبار قد صرحت بأنها تعتد بالأشهر الثلاثه فى موضع الأخذ بالروايات ثمه التى تنقص عن الثلاثه الأشهر.

و من الأخبار المشار إليها ما رواه

فى الكافى (1)عن الحلبى فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«عده المرأه التى لا تحيض و المستحاضه التى لا تطهر ثلاثه أشهر،و عده التى تحيض و يستقيم حيضها ثلاثه قروء».

و عن أبى بصير (2)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«عده التى لم تحض و المستحاضه التى لم تطهر ثلاثه أشهر،و عده التى تحيض و يستقيم حيضها ثلاثه قروء».

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۰۰ ح ۸،التهذيب ج ۸ ص ۱۱۸ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۲ ب ۴ ح ۷.
۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۹۹ ح ۳،التهذيب ج ۸ ص ۱۱۷ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۳ ب ۴ ح ۹.

و ما رواه

فی التهذیب (۱)عن زراره قال:

«إذا نظرت فلم تجد الأقراء إلا ثلاثه أشهر،فإذا کانت لا یستقیم لها حیض تحیض فی الشهر مرارا فإن عدتها عده المستحاضه ثلاثه أشهر،و إذا کانت تحیض حیضا مستقیما فهو فی کل شهر حیضه بین کل حیضتین شهر،و ذلک القرء».

قال فی الوافی:«فلم تجد الأقراء إلا فی ثلاثه أشهر»أی لم تجد الأطهار الثلاثه إلا فی ثلاثه أشهر،و هذا ینقسم إلی قسمین کما فصله،انتهی.

و ما رواه

المشایخ الثلاثه (۲)عن محمد بن مسلم فی الصحیح عن أحدهما علیهما السلام

«أنه قال فی التی تحیض فی کل ثلاثه أشهر مره أو فی سته أو فی سبعه أشهر و المستحاضه التی لم تبلغ الحیض،و التی تحیض مره و ترتفع مره،و التی لا تطمع فی الولد و التی قد ارتفع حیضها و زعمت أنها لم تیأس،و التی تری الصفره من حیض لیس بمستقیم،فذکر أن عده هؤلاء کلهن ثلاثه أشهر».

و بهذه الأخبار خرجت المستحاضه المستمر دمها بالنسبه إلی العده عن الحکم التی تقرر لها فی باب الحیض فحکمها بالنسبه إلی العده الاعتداد ثلاثه أشهر،و أما بالنسبه إلی العبادات فترجع فیها إلی الروایات المتقدمه فی باب الحیض.

قال فی المسالک:و یمکن أن تکون حکمه العدول عن الروایات إلی الأشهر انضباط العده بذلک،دون الروایات من حیث إنها تتخیر فی تخصیص العدد بما شاءت من الشهر،و ذلک یوجب کون العده بیدها زیاده و نقصانا،و ذلک غیر موافق لحکمه العده،انتهی.

و من جمله أخبار المسأله ما رواه

الشیخ (۳)عن جمیل عن بعض أصحابه عن أحدهما

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۰۰ ح ۱۰،و لم نعثر علیه فی التهذیب،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۱ ب ۴ ح ۴.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۹۹ ح ۵،الفقیه ج ۳ ص ۳۳۲ ح ۶،التهذیب ج ۸ ص ۱۱۹ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۰ ب ۴ ح ۱.
۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۲۷ ح ۳۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۵ ب ۵ ح ۱.

علیهما السلام قال: «تعتد المستحاضه بالدم إذا کان فی أیام حیضها،أو بالشهور إن سبقت لها،فإن اشتبه فلم تعرف أیام حیضها من غیرها فإن ذلک لا یخفی،لأن دم الحیض دم عبیط حار و أن دم الاستحاضه دم أصفر بارد».

أقول:و فی هذه الروایه دلاله علی ما تقدم نقله عن الأصحاب من العمل بالتمیز مبتدئه کانت أو مضطربه بحمل عدم المعرفه علی ما هو أعم من وجود أیام حیض لها سابقا،و لکن أضلتها أو لم تکن بالکلیه،و مرجعه إلی توجه التقی إلی القید و المقید،أو القید خاصه،و یحتمل اختصاصها بالمضطربه.

و ما رواه

فی الفقیه (1)عن محمد بن مسلم فی الصحیح

«أنه سأل أبا جعفر علیه السلام عن عده المستحاضه،قال:تنظر قدر أقرائها فتزید یوما أو تنقص یوما،فإن لم تحض فلتنظر إلی بعض نسائها فلتعتد بأقرائها».

و فی هذا الخبر دلاله علی ما تقدم أیضا من أن ذات العاده مع استمرار الدم ترجع إلی عادتها السابقه،و المبتدئه تنظر إلی حیض نسائها و تعتد بأقرائهن.

و أما ما ذکروه هنا من جریان هذا الحکم فی المضطربه فقد عرفت ما فیه، و أنه لا دلیل علیه لا فی باب الحیض و لا فی هذا الباب.

الثانی [أن الشهر حقیقه فی الهلالی]

قد صرح الأصحاب بأنه متی طلقت فی أول الهلال و کانت تعتد بالأشهر اعتدت بثلاثه أشهر هلالیه،لأن الشهر حقیقه فی الهلالی،و هو مما لا خلاف فیه.

إنما الخلاف فیما لو طلقت فی أثناء الشهر فقیل:إنها متی طلقت فی أثناء الشهر و انکسر ذلک الشهر اعتبر بعده شهران هلالیان و أکمل المنکسر ثلاثین یوما.

(أما)الأول فلما عرفت من أن الشهر متی أطلق فإنه حقیقه فی الهلالی.

(و أما)الثانی فلأنه لما امتنع فی الشهر الأول أن یکون هلالیا لفوات بعضه وجب الانتقال إلی الشهر العرفی و هو الثلاثون.

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۳۳۳ ح ۹ و فیه«سأله محمد بن مسلم»،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۶ ب ۵ ح ۲.

و قیل بأنه تجبر الأول بقدر ما فات منه،و وجهه أن إطلاق الشهر محمول علی الهلالی،فإذا فات بعضه أكمل من الرابع بقدر الفائت،فلو فرض كونه تسعه و عشرین یوما و طلقها و قد مضی منه عشرون یوما أكمله بتسعه من الشهر الرابع و قیل:إنه ینكسر الجمیع فیسقط اعتبار الأهله فی الثلاثه،و وجهه أن المنكسر أولا یتمم مما یلیه فینكسر أیضا و هكذا.

و إلی القول الأول مال المحقق فی الشرائع و الشهید الثانی فی شرحه،و تحقیق الكلام فی المقام قد مر مستوفی فی باب السلم من كتاب المعاملات (۱)فلیرجع إلیه من أحب الوقوف علیه.

قال فی المسالك:و اعلم أن انطباق الطلاق و نحوه من العقود علی أول الشهر یتصور بأن یبتدأ فی اللفظ قبل الغروب من لیله الهلال بحیث یقترن بأول الشهر لا بابتدائه فی أول الشهر،لأنه إلی أن یتم لفظه یذهب جزء من الشهر فینكسر.

أقول:لا یخفی ما فیه من العسر و تعذر معرفه ذلك علی سائر الناس،مع أن الذی صرح به فی كتاب السلم إنما هو بناء الابتداء علی العرف،فلا یقدح فیه اللفظه و لا الساعه،و هو ظاهر غیره أیضا كما قدمنا ذكره فی كتاب السلم.

قال فی كتاب السلم:یعتبر فی أولیه الشهر و أثنائه العرف لا الحقیقه لانتفائها دائما أو غالبا إذ لا یتفق المقارنه المحضه بغروب لیله الهلال،فعلی هذا لا یقدح فیه نحو اللحظه،و یقدح فیه نصف اللیل و نحوه،و حیث كان المرجع إلی العرف فهو المعیار،و الظاهر أن الساعه غیر قادحه.انتهی و هو جید،لا ما ذكره فی هذا الكتاب من اعتبار الأولیه الحقیقیه.

الثالث [فی ما لو ارتابت بالحمل]

لا خلاف بین الأصحاب فی أنه لو ارتابت بالحمل بأن وجدت علامه تفید الظن به بعد العده نكحت أو لم تنكح جاز لها التزویج،و كان نكاحها صحیحا

۱- ۱) الحدائق ج ۱۹ ص ۱۳۱.

للحكم شرعا بانقضاء العده المبيح للتزويج،فلا يعارضه الظن الطارئ بالريبه، و مرجعه إلى أن الشك لا يعارض اليقين،و هى قاعده كليه متفق عليها.

إنما الخلاف فيما لو حصلت الريبه قبل انقضاء العده،فهل يجوز لها التزويج بعد انقضاء العده أم لا؟ و بالثانى قال الشيخ فى المبسوط،فإنه حكم بأنه لا يجوز لها أن تنكح بعد انقضاء العده إلى أن يتبين الحال،و علله بأن النكاح مبنى على الاحتياط.

و بالأول صرح المحقق و العلامه لوجود المقتضى،و هو الخروج من العده و انتفاء المانع،إذ الريبه بذاتها لا توجب الحكم بالحمل،و الأصل عدمه.

أقول:و يمكن تأييد ما ذهب إليه الشيخ هنا بروايات محمد بن حكيم المتقدمه (۱)و صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (۲)المتقدمه أيضا،و التقريب فيها أنها دلت على أن المسترابه بعد الثلاثه الأشهر التى هى العده لذات الشهور تعتد بتسعه أشهر،بناء على كون مده الحمل هى التسعه أو سنه كما فى موثقه عمار (۳)بناء على كونها سنه،ثم إنها تحتاط بعد المده المذكوره بثلاثه أشهر،و لعل تعبير الشيخ بالاحتياط وقع تبعا لما صرحت به الروايات المذكوره،فإنها صرحت بأنها بعد التسعه أو العشره لا ريبه عليها،و لكن تحتاط بالصبر ثلاثه أشهر،و أنه لا يجوز لها التزويج إلا بعد مضى الثلاثه الأخيره مع الحكم بانتفاء الريبه عنها بعد التسعه أو السنه،إلا أنه يمكن تخصيص محل البحث بما لو حصلت الريبه فى الثلاثه الأشهر التى هى العده لذات الشهور،و إلا فإنها بعد تمام الثلاثه و عدم الريبه يجوز لها التزويج كما يدل عليه ما رواه

فى الكافى عن محمد بن حكيم (۴)فى الحسن عن

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۱۲۹ ح ۴۴ و ۴۶ و ۴۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۲ ب ۲۵ ح ۲ و ۴.
۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۱۲۸ ح ۴۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۱ ب ۱۱ ح ۱.
۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۱۱۹ ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۲ ب ۱۳ ح ۱.
۴- ۴) الكافى ج ۶ ص ۱۰۲ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۲ ب ۲۵ ح ۴ و فيهما اختلاف يسير.

العبد الصالح علیه السلام قال: «قلت له:المرأه الشابه التی تحیض مثلها یطلقها زوجها فیرتفع طمثها،ما عدتها؟قال:ثلاثه أشهر،قلت:جعلت فداک فإنها تزوجت بعد ثلاثه أشهر،فتبین لها بعد ما دخلت علی زوجها أنها حامل،قال:هیهات من ذلک یا ابن حکیم،رفع الطمث ضربان:إما فساد من حیضه فقد حل لها الأزواج و لیس بحامل،و إما حامل فهو یستبین فی ثلاثه أشهر،لأن الله تعالی قد جعله وقتا یستبین فیه الحمل،قال:قلت:فإنها ارتابت بعد ثلاثه أشهر،قال:عدتها تسعه أشهر،قلت:فإنها ارتابت بعد تسعه أشهر،قال:إنما الحمل تسعه أشهر،قلت:

فتزوج؟قال:تحتاط بثلاثه أشهر،قلت:فإنها ارتابت بعد ثلاثه أشهر،قال:لیس علیها ریبه،تزوج».

المقام الرابع فی عده الحامل:

اشاره

و المشهور فی کلام الأصحاب أن عدتها وضع الحمل حیا کان أو میتا تاما کان أو ناقصا إذا تحقق أنه مبدأ نشو آدمی،و یدل علیه قوله عز و جل «وَ أُولاٰتُ الْأَحْمٰالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ یَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» و هی بإطلاقها شامله لما ذکرناه من الأفراد،و یدل علی ذلک الأخبار أیضا،منها:

ما رواه

فی الکافی (۱)عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«إذا طلقت المرأه و هی حامل فأجلها أن تضع حملها و إن وضعت من ساعتها».

و ما رواه

فی الفقیه فی الصحیح و الکلینی (۲)فی الموثق عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبی إبراهیم علیه السلام قال:

«سألته عن الحبلی إذا طلقها زوجها فوضعت سقطا ثم أو لم یتم فقد انقضت عدتها،أو إن کان مضغه،قال:کل شیء وضعته یستبین أنه حمل ثم أو لم یتم فقد انقضت عدتها و إن کان مضغه». و هو صریح فیما ذکرناه من الأفراد المتقدمه.

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۸۲ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۹ ب ۹ ح ۷ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۸۲ ح ۹،الفقیه ج ۳ ص ۳۳۰ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۱ ب ۱۱ ح ۱.

و ما رواه

فی التهذیب (۱)عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن رجل طلق امرأته و هی حبلی و کان فی بطنها اثنان فوضعت واحدا و بقی واحد،قال:تبین بالأول و لا تحل للأزواج حتی تضع ما فی بطنها».

و عن عبد الله بن سنان (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن المرأه تضع، أ یحل لها أن تتزوج قبل أن تطهر؟قال:إذا وضعت تزوجت،و لیس لزوجها أن یدخل بها حتی تطهر».

و عن الحلبی (۳)فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«طلاق الحبلی واحده،و إن شاء راجعها قبل أن تضع،و إن وضعت قبل أن یراجعها فقد بانت منه و هو خاطب من الخطاب».

و ما رواه

فی الکافی (۴)عن إسماعیل الجعفی عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«طلاق الحامل واحده،فإذا وضعت ما فی بطنها فقد بانت منه». و رواه الصدوق عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام و طریقه إلیه فی المشیخه صحیح،فیکون الخبر صحیحا.

و قال الصدوق فی الفقیه:و اعلم أن أولات الأحمال أجلهن أن یضعن حملهن و هو أقرب الأجلین،فإذا وضعت أو أسقطت یوم طلقها أو بعده متی کان فقد بانت منه و حلت للأزواج فإذا مضی بها ثلاثه أشهر من قبل أن تضع فقد بانت منه و لا تحل للأزواج حتی تضع،انتهی و نقل ذلک عن ابن حمزه أیضا.

و قال العلامه فی المختلف:المشهور أن عده الحامل وضع الحمل فی الطلاق، و قال الصدوق-ثم أورد العباره المذکوره ثم قال:-و قال السید المرتضی:مما

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۸۲ ح ۱۰،التهذیب ج ۸ ص ۷۳ ح ۱۶۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۰ ب ۱۰ ح ۱.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۸۹ ح ۱۷۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۱ ب ۴۹ ح ۱.
۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۷۱ ح ۱۵۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۹ ب ۹ ح ۸.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۸۱ ح ۳،الفقیه ج ۳ ص ۳۲۹ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۸ ب ۹ ح ۴ و ۱.

يظن أن الإماميه مجمعه عليه و منفرده به القول إن عده الحامل المطلقه أقرب الأجلين،بمعنى أن المطلقه إذا كانت حاملا و وضعت قبل مضى الأقراء الثلاثه فقد بانت بذلك،و إن مضت الأقراء الثلاثه قبل أن تضع حملها بانت بذلك أيضا،و قد بينا فى جواب المسائل الوارده من أهل الموصل المتضمنه أنه ما ذهب جميع أصحابنا إلى هذا المذهب،و لا أجمع العلماء منا عليه،و أكثر أصحابنا يفتى بخلافه،و إنما عول من خالف من أصحابنا على خبر يرويه زراره عن الباقر عليه السلام و قد بينا أنه ليس بحجه،ثم سلمناه و تأولناه.

و قال ابن إدريس:و قد ذهب بعض أصحابنا إلى أن الحامل عدتها أقرب الأجلين من جملتهم ابن بابويه،و معنى ذلك أنه إن مرت بها ثلاثه أشهر فقد انقضت عدتها و لا تحل للأزواج حتى تضع ما فى بطنها،و إن وضعت الحمل بعد طلاقه بلا فصل بانت منه و حلت للأزواج،و تعجب منه،انتهى.

أقول:ظاهر كلامى المرتضى و ابن إدريس ذهاب جمله من الأصحاب إلى هذا القول و أن منهم الصدوق،و ظاهر كلام المتأخرين تخصيص الخلاف بالصدوق.

و الذى يدل على هذا القول ما رواه

فى الكافى و التهذيب (1)عن أبى الصباح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«طلاق الحامل واحده و عدتها أقرب الأجلين».

و عن الحلبى (2)فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«طلاق الحبلى واحده، و أجلها أن تضع حملها،و هو أقرب الأجلين».

و رواه فى الكافى (3)أيضا عن ابن مسكان عن أبى بصير فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام مثله.

و السيد السند فى شرح النافع إنما استدل لهذا القول بروايه أبى الصباح،

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۸۱ ح ۲،التهذيب ج ۸ ص ۷۰ ح ۱۵۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۸ ب ۹ ح ۳.
۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۸۲ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۹ ب ۹ ح ۶.
۳- ۳) الكافى ج ۶ ص ۸۲ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱۸ ب ۹ ح ۲.

ثم ردها بضعف السند لاشتماله على محمد بن الفضيل و هو مشترك،مع أنك قد عرفت ورود هذين الخبرين الصحيحين بذلك.

و التحقيق عندى فى الجواب أن هذه الأخبار غير صريحه بل و لا ظاهره فيما ادعاه الصدوق-رحمه الله عليه-لأن المفهوم من أخبار المسأله كملا بعد ضم بعضها إلى بعض هو أن عده الحامل وضع الحمل،فإنه أقرب الأجلين كما هو مدلول صحيحتى الحلبى و أبى بصير،و إنما وصف وضع الحمل بأنه أقرب الأجلين لجواز حصوله بعد الطلاق بلحظه أو أيام يسيره،و نحو ذلك بخلاف التحديد بالثلاثه الأشهر فإنه لا قرب فيها بالكليه،و حينئذ فمعنى قوله فى روايه الكنانى«و عدتها أقرب الأجلين»أن عدتها هو وضع الحمل الذى هو أقرب الأجلين،فهو صفه لموصوف محذوف لا أن المراد ما توهمه-رحمه الله عليه-و من معه من أن المعنى أقرب العدتين،بمعنى أن أيهما سبق اعتدت به،فإنه مردود بالآيه و الأخبار المتكاثره كما عرفت.

و على تقدير ما ذكرناه تجمع الآيه و أخبار المسأله كملا و يرتفع التنافى من البين.

و أما ما ذكره المرتضى من دلاله روايه زراره عن الباقر عليه السلام على قول الصدوق فإنا لم نقف فيما وصل إلينا من الأخبار عليها،و إنما الذى وصل إلينا ما ذكرناه من الروايات الثلاث المنقوله،و تمام تحقيق الكلام فى المقام يتم برسم مسائل:

الأولى [فيما لو كانت حاملا باثنين فولدت واحدا]

-اختلف الأصحاب فيما لو كانت حاملا باثنين فولدت واحدا فهل تبين بوضع الأول،و إن لم ينكح إلا بعد وضع الثانى؟أو أنها لا تبين إلا بوضعهما معا؟قولان:

(أولهما)للشيخ فى النهايه و ابن البراج و ابن حمزه و ابن الجنيد و عليه تدل روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله (١)المتقدمه.

١- ١) الكافى ج ۶ ص ٨٢ ح ١٠،الوسائل ج ١۵ ص ۴٢٠ ب ١٠ ح ١.

و قال أمين الإسلام الفضل بن الحسن الطبرسی فی کتاب مجمع البیان (۱)

«و روی أصحابنا أن الحامل إذا وضعت واحدا انقطعت عصمتها من الزوج،و لا یجوز لها أن تعقد علی نفسها لغیره حتی تضع الآخره». و یحتمل إراده الروایه المذکوره و نقلها بالمعنی،و یحتمل أن یکون روایه أخری بهذا اللفظ،و لعله الأقرب.

(و ثانیهما)للشیخ فی الخلاف و المبسوط و ابن إدریس و العلامه و المحقق، و ادعی فی الخلاف إجماع أهل العلم علیه،و اختاره فی المسالک و سبطه السید السند فی شرح النافع تمسکا بظاهر الآیه،فإنه مع بقاء شیء من الحمل فی الرحم لا یصدق وضع حملهن،و استضعافا للروایه،قال:و الروایه واضحه المتن،لکن فی طریقها عده من الواقفیه و المجاهیل،و ذلک مما یمنع العمل بها.

و أنت خبیر بأنه و إن کان ظاهر الآیه کما ذکروه إلا أن مقتضی کلامه -رحمه الله علیه-أنه لو صح الخبر لأمکن تخصیص الآیه به،و حینئذ فمن لا یری العمل بهذا الاصطلاح المحدث و یحکم بصحه الأخبار جریا علی ما جرت علیه متقدمو علمائنا الأبرار،فإنه له أن یخصص الآیه المذکوره به إذ لا معارض له فی البین إلا إطلاق الآیه،و الجمع بین الدلیلین بما ذکرنا أولی من طرح أحدهما کما هی القاعده المطرده فی کلامهم.

و ممن ذهب إلی ما اخترناه المحدث الشیخ محمد بن الحسن الحر العاملی فی کتاب الوسائل.

الثانیه [فی أن انقضاء العده إنما یحصل بخروج الحمل أجمع]

ظاهر الآیه و الأخبار المتقدمه أن انقضاء العده إنما یحصل بخروجه أجمع،فلو خرج نصفه أو أزید متصلا أو منفصلا فإنه لا یصدق وضع الحمل المترتب علیه الخروج من العده فی الآیه و الأخبار،فتبقی أحکام الزوجیه من الرجعه فی الرجعیه و المیراث لو مات أحدهما،و نحو ذلک و هو ظاهر.

الثالثه [هل یکفی وضع الحمل نطفه أو علقه؟]

لا خلاف و لا إشکال فی أنه لا یکفی وضعه نطفه مع عدم استقرارها

۱- ۱) مجمع البیان ج ۱۰ ص ۳۰۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۱ ب ۱۰ ح ۲.

فی الرحم،و أما معه فظاهر الشیخ الحکم بانقضاء العده بها مطلقا،و فیه إشکال للشک فی کونه قد صار حملا،و یأتی مثل ذلک فی العلقه من الدم التی لا تخطیط فیها،و وافق الشیخ هنا جماعه من الأصحاب منهم المحقق.

قال فی المسالک:و هو قریب مع العلم بأنها مبدأ نشو آدمی،و إلا فلا، و لو سقطت مضغه فالأقرب کما استقربه فی المسالک أیضا أنها تکفی فی العلم بذلک.

الرابعه [اشتراط کونه منسوبا إلی من العده منه]

قال فی المسالک:یشترط فی الحمل کونه منسوبا إلی من العده منه،إما ظاهرا أو احتمالا،فلو انتفی عنه شرعا لم یعتد به،و إمکان تولده منه بأن یکون فحلا أو مجبوبا له بقیه أو لا معها،لما تقدم من لحوق الحمل به،و لو انتفی عنه شرعا بأن ولدته تاما لدون سته أشهر من یوم النکاح أو لأکثر و بین الزوجین مسافه لا تقطع فی تلک المده لم تنقض به العده.و کذا لا یلحق بالممسوح علی الأظهر و إن أمکنت المساحقه فی حقه لفقد آله التولد،انتهی و هو جید.

الخامسه [فی ما لو طلقت المرأه فادعت الحمل]

قد صرح الأصحاب بأنه لو طلقت المرأه فادعت الحمل صبر علیها أقصی الحمل،و هو تسعه أشهر عند بعض،و هو المشهور کما تقدم،و سنه عند آخر،و عشره أشهر عند ثالث،ثم لا یقبل دعواها،و قد تقدمت جمله من الروایات الداله علی هذا الحکم فی صدر البحث الثانی من سابق هذا المقام،و هی صحیحه عبد الرحمن بن الحجاج (1)و روایات محمد بن حکیم، (2)و هی متفقه فی الدلاله علی التسعه،و موثقه عمار المتقدمه فی المذکور آنفا و هی داله علی القول بالسنه.

و أما القول بالعشره فلم نقف له علی خبر.

و استدل شیخنا فی المسالک و نقله سبطه السید السند فی شرح النافع علی القول بالسنه بصحیحه عبد الرحمن بن الحجاج المشار إلیها،و هی ما رواه فی الصحیح «قال:سمعت أبا إبراهیم علیه السلام یقول:إذا طلق الرجل امرأته و ادعت أنها حبلی انتظر تسعه أشهر،فإن ولدت و إلا اعتدت بثلاثه أشهر ثم قد بانت منه».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۰۱ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۰۱ ح ۲ و ۴ و ۵.

قال فی شرح النافع:و هـذه الروایه صـریحه فی وجوب التربص سـنه، لکنها لا تدل صـریحا علی أن ذلک أقصـی الحمل.انتهی،و نحوه کلام جده فی المسالک.

و أنت خبیر بما فیه،فإن الظاهر أن مرجع هذه الروایه إلی ما دلت علیه روایات محمد بن حکیم المتقدمه من أنها بعد الاسترابه أو ادعاء الحمل بعد الثلاثه فإنها تصبر تسـعه أشـهر،فإن ظهر الحمل فیها و إلا اعتدت بعدها بثلاثه أشهر، إلا أن أکثر روایات محمد بن حکیم صـرحت بأن تلک التسـعه أقصـی مـده الحمل،و هـذه الروایه فیها نوع إجمال،إلا أنها عنـد التأمل ترجع إلی ذلک،لأن قوله«انتظر تسعه أشهر فإن ولدت و إلا اعتدت»ظاهر فی أن التسعه أقصی مده الحمل،و إلا فلا معنی لفرض الولاده فیها،و لو کان أقصـی الحمل سـنه کما یدعون دلاله هذا الخبر علیه لکان تخصیص هذا الفرض بالتسعه لاغیا،لأن محله السنه لا التسعه،و الثلاثه التی بعد التسعه قد عرفت آنفا أنها هی العده الشرعیه بعد تیقن براءه الرحم بمضی التسعه.

و بـالجمله فـإن روایات محمـد بن حکیم و هـذه الروایه قـد اشترکت فی الـدلاله علی أنها بالاسترابه و دعوی الحمل بعـد الثلاثه تصبر تسـعه أشهر،فإن ظهر بها حمل و إلا اعتدت بعدها بثلاثه أشهر،غایه الأمر أن أکثر روایات ابن حکیم صرحت بکون التسعه أقصـی مده الحمل،و هذه و إن لم تکن صریحه فی ذلک إلا أنها ظاهره فیه.و مع تسلیم عدم ظهورها و أنها مطلقه فی ذلک فإنه یجب تقیید إطلاقها علی ما قید به تلک الأخبار،و إلا کان ذکر التسعه فی البین لغوا.

و الـدلیل علی القول بالسـنه إنمـا هو موثقه عمـار (۱)کمـا تقـدم،و لکنها حیث دلت علی التربص سـنه ثم الاعتـداد بثلاثه أشـهر فیکون الجمیع خمسه عشر شهرا.مع أنه لا قائل بکون الحمل کذلک أطرحوها.و کیف کان فالعمل

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۱۹ ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۲ ب ۱۳ ح ۱.

على القول بالتسعه.

السادسه [فی عده المطلقه المتوفی عنها زوجها]

(۱)

قد صرح الأصحاب بأنه لو طلقها رجعیا ثم مات استأنف عده الوفاه،أما لو کانت بائنا فإنها تقتصر علی إتمام عده الطلاق.و علل بأن المطلقه رجعیا بحکم الزوجه فیثبت لها ما یثبت للزوجه من الأحکام کالتوارث بینهما و الظهار و الإیلاء و غیرهما من أحکام الزوجیه.و منها ما هنا من وجوب استئناف عده الوفاه و عدم البناء علی ما تقدم بخلاف البائنه،فإنها فی حکم الأجنبیه.

و یدل علی ما ذکروه من الحکم الأول جمله من الأخبار.

و منها ما رواه

فی الکافی (۲)فی الصحیح أو الحسن عن جمیل عن بعض أصحابنا عن أحدهما علیهما السلام

«فی رجل طلق امرأته طلاقا یملک فیه الرجعه ثم مات عنها قال:تعتد بأبعد الأجلین أربعه أشهر و عشرا».

و عن هشام بن سالم (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل کانت تحته امرأه فطلقها ثم مات قبل أن تنقضی عدتها،قال:تعتد أبعد الأجلین عده المتوفی عنها زوجها».

و عن زراره (۴)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«عده المتوفی عنها زوجها آخر الأجلین لأن علیها أن تحد أربعه أشهر و عشرا،و لیس علیها فی الطلاق أن تحد».

۱- ۱) أقول:هذه المسأله و ان لم تکن مناسبه بعنوان البحث فی هذا المقام حیث ان موضوعه فی عده الحامل،و المفروض فیها انما هو عده من مات عنها زوجها و هی فی عده الطلاق، فلا مناسبه،الا أن أصحابنا قد صرحوا بهذا الحکم فی هذا الموضع فحذونا حذوهم و جرینا علی ما جروا علیه،فلا یظن بنا ظان الغفله عن ذلک.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۲۰ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۴۹ ح ۱۱۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۳ ب ۳۶ ح ۵.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۲۱ ح ۵،التهذیب ج ۸ ص ۱۴۹ ح ۱۱۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۳ ب ۳۶ ح ۵.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۱۴ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۱۵۰ ح ۱۱۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۶ ب ۳۱ ح ۴.

أقول:قوله«عـده المتوفى عنها زوجها»يعنى إذا كانت مطلقه آخر الأجلين أى أبعـدهما،و فيه تعليل استئناف عـده الوفاه بأنها يجب عليهـا الحـداد فيهـا و هى أربعه أشـهر و عشـرا،فلاـ بـد من الحـداد فيهـا من أولها إلى آخرها،بخلاف عـده الطلاق فإنه ليس فيه حداد،و من ثم وجب عليها استئناف عده الوفاه.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (۱)فى الصحيح عن محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«سـمعته يقول:أيما امرأه طلقت ثم توفى عنها زوجها قبل أن تنقضـى عـدتها و لم تحرم عليه فإنها ترثه،ثم تعتد عده المتوفى عنها زوجها،و إن توفيت و هى فى عدتها و لم تحرم عليه فإنه يرثها-

و زاد فى التهذيب-

و إن قتل ورثت من ديته،و إن قتلت ورث من ديتها،ما لم يقتل أحدهما الآخر».

و ما رواه

فى الفقيه (۲)عن سماعه فى الموثق قال:

«سألته عن رجل طلق امرأته ثم إنه مات قبل أن تنقضى عدتها،قال:تعتد عده المتوفى عنها زوجها و لها الميراث».

و عن محمد بن مسلم (۳)قال:

«سـألت أبـا جعفر عليه السـلام عن رجل طلق امرأته تطليقه من غير جماع ثم توفى عنها و هى فى عـدتها،قال:ترثه،ثم تعتـد عـده المتوفى عنها زوجها»الحديث.

و أما الحكم الثانى و هو أنه متى كان الطلاق بائنا فإنها تقتصر على إتمام عده الطلاق،فيدل عليه الأصل السالم من المعارض لأن ما تقدم من الروايات بعد ضم مطلقه إلى مقيده تقتضـى اختصاص الاستئناف بالموت العده الرجعيه،و يدل عليه أيضا مفهوم قوله فى صحيحه محمد بن قيس«و لم تحرم عليه»الذى هو كنايه عن الطلاق بائنا.

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۲۱ ح ۶،التهذيب ج ۸ ص ۸۰ ح ۱۹۴ و ص ۱۴۹ ح ۱۱۶ الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۴ ب ۳۶ ح ۳ و ۴ و ما فى المصدرين الأخيرين اختلاف يسير.

۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۳۵۳ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۵ ب ۳۶ ح ۹.

۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۸۱ ح ۱۹۵،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۳۱ ب ۱۳ ح ۵ و فيهما «تطليقه على طهر ثم.»مع اختلاف يسير.

و أما ما رواه

فی الکافی (۱)عن علی بن إبراهیم عن بعض أصحابنا

«فی المطلقه البائنه إذا توفی عنها زوجها و هی فی عدتها قال:تعتد بأبعد الأجلین». فردها المتأخرون بضعف السند،قال فی شرح النافع:و ضعف هذه الروایه یمنع من العمل بها،و حمله بعض محدثی متأخری المتأخرین (۲)علی الاستحباب و فیها ما لا یخفی،و لا یحضرنی الآن وجه وجیه تحمل علیه.

بقی هنا شیء و هو أنه لا إشکال فیما ذکرنا من وجوب استئناف عده الوفاه لو مات الزوج فی عده الرجعیه فیما إذا زادت عده الوفاه علی عده الطلاق کما هو الغالب،إنما الإشکال فیما لو انعکس الفرض کالمسترابه التی عدتها فی الطلاق تسعه أشهر أو سنه ثم ثلاثه أشهر بعد ذلک،فإن عده الطلاق هنا أزید من عده الوفاه التی هی أربعه أشهر و عشره أیام.

و حینئذ فهل تجتزی فی هذه الحال بعده الوفاه نظرا إلی عموم أدله عده الوفاه و أنه لا فرق بین المسترابه و غیرها؟أو تعتبر بأبعد الأجلین من أربعه أشهر و عشره أیام و من مده یعلم فیها انتفاء الحمل لأنها بالاسترابه تکون فی معرض الحمل و فرض الحامل المتوفی عنها زوجها الاعتداد بأبعد الأجلین کما سیأتی ذکره إن شاء الله؟ أو أنه یجب علیها إکمال عده المطلقه بثلاثه أشهر بعد التسعه أو السنه أو أربعه أشهر و عشره أیام بعدهما عوض الثلاثه الأشهر؟أوجه:

رجح فی القواعد الأول علی إشکال.و استوجهه السید السند فی شرح النافع قصرا لما خالف الأصل علی موضع النص.

و قال فی المسالک فی توجیه الأوجه المذکوره من إطلاق الحکم بانتقالها إلی عده الوفاه:و لا دلیل فیها علی اعتبار ما زاد عن أبعد الأجلین،ثم یتجه فیها

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۲۰ ح ۲ و فیه«توفی عنها و هی.»،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۴ ب ۳۶ ح ۶.

۲- ۲) هو المحدث الحر فی کتاب الوسائل(منه-قدس سره-).

الاکتفاء بأربعه أشهر و عشره ما لم یظهر الحمل لأصاله العدم و من أن انتقالها إلی عده الوفاه انتقال إلی الأقوی و الأشد،فلا یکون سببا فی الأضعف.

و وجه الثالث أن التربص بها مده یظهر فیها عدم الحمل لا یحتسب من العده کما سبق،و إنما تعتد بعدها و من ثم وجب للطلاق ثلاثه أشهر،فیجب للوفاه أربعه أشهر و عشره،و الحق الاقتصار فی الحکم المخالف للأصل علی مورده، و الرجوع فی غیره إلی ما تقتضیه الأدله،و غایتها هنا التربص بها إلی أبعد الأجلین من الأربعه الأشهر و عشره و المده التی یظهر فیها عدم الحمل و لا یحتاج بعدها إلی أمر آخر،و دعوی الانتقال هنا إلی الأقوی مطلقا ممنوع،و إنما الثابت الانتقال إلی عده الوفاه کیف اتفق.انتهی.

أقول:و المسأله لا تخلو من شوب الاشکال،لعدم الدلیل الواضح فی هذا المجال و تدافع التعلیلات و قیام الاحتمال،إلا أنه یمکن أن یقال-و لعله الذی تجتمع علیه الأخبار-:إن مقتضی أخبار عده الوفاه هو وجوب إلغاء عده الطلاق و العمل بعده الوفاه،و مقتضی أخبار المسترابه هو التربص تسعه أشهر أو سنه،ثم الثلاثه الأشهر بعد أی منهما،و الجمع بین روایات الطرفین یقتضی الانتقال إلی عده الوفاه،بأن یکون فی الثلاثه الأخیره بعد إتمام التسعه أو السنه،لأن عده الطلاق فی المسترابه إنما هی الثلاثه الأشهر الأخیره،دون التسعه أو السنه کما مر تحقیقه،و التسعه أو السنه إنما هی لاستبراء الرحم،و إن أطلق علیها لفظ العده فی بعض الأخبار توسعا و تجوزا،و حینئذ فلو مات فی ضمن التسعه أو السنه وجب إتمامها ثم الاعتداد بعده الوفاه،و لو مات فی ضمن الثلاثه وجب استئناف عده الوفاه.

و بالجمله فإن روایات استئناف عده الوفاه دلت علی أن ذلک إذا وقع الموت فی ضمن العده الرجعیه،و العده بالنسبه إلی المسترابه إنما هی الثلاثه الأخیره کما عرفت فیختص الحکم بها،و یؤیده أن ذلک هو الأحوط،و فیه عمل بروایات

الطرفين و عدم إلغاء شیء منها فی البین.

السابعه [فی ما لو کان الوطء بشبهه و حملت ثم طلقها]

قد تقدم (۱)أنه يشترط فی الحمل الـذی تنقضـی العده بوضـعه كونه منسوبا إلى من العده منه،و على هذا فلو حملت من الزنا ثم طلقها الزوج بأن يعلم انتفاؤه عن الفراش بكونه غائبا عنها تلك المـده،أو تلد تاما لدون سـته أشـهر من يوم النكاح فإنها تعتد بما كـانت تعتـد به لو لاـ الزنـا،فـإن لم يجـامع حملها حيض اعتـدت بالأشـهر،و إن جامعه و قلنا بجواز حيضـها كما هو أظهر القولين اعتدت بالأقراء و بانت بانقضاء الأشهر أو الأقراء،و إن لم تضع حملها فإن الزنا لا حرمه له،حملت منه أو لم تحمل،و لذا أيضا أنه لو حملت من الزنا و لم تكن ذات بعل فإنه يجوز لها التزويج قبل أن تضع،و عليه ظاهر اتفاق كلمه الأصحاب.

أما لو لم تحمل من الزنا فظاهر الأكثر أنها كذلك.و قرب فی التحرير أن عليها مع عدم الحمل العده و هو الظاهر عندی.

و عليه يدل ما رواه

فی الكافی (۲)عن إسحاق بن جرير عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له:الرجـل يفجر بـالمرأه ثم يبـدو له فی تزويجهـا،هـل يحل له ذلك؟ قال:نعم إذا هو اجتنبها حتى تنقضـی عـدتها باسـتبراء رحمها من ماء الفجور فله أن يتزوجها»الخبر.

و فی معناه روايه كتاب تحف العقول (۳)للحسن بن علی بن شعبه،و قد تقدمت.

ص:۴۵۸

۱- ۱) تقدم ذلك فی المسأله الرابعه من هذه المسائل.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) الكافی ج ۵ ص ۳۵۶ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۳۱ ب ۱۱ ح ۴.

۳- ۳) و هی ما رواه فی الكتاب المذكور[تحف العقول ص ۳۳۲ و فيه اختلاف يسـير] عن أبی جعفر محمد بن علی الجواد عليه السلام«أنه سئل عن رجل نكح امرأه على زنا، أ يحل له أن يتزوجها؟فقال:يدعها حتى يستبرئها من نطفته و نطفه غيره،إذ لا يؤمن منها أن تكون قد أحدثت مع غيره كما أحدثت معه،ثم يتزوج بها إذا أراد»الحديث. (منه-قدس سره-).

و تؤیدهما الأخبار (۱)الداله علی أنه إذا أدخله فقد وجبت العده و المهر و الرجم و الغسل.

و لو کـان الوطء بشبهه و حملت ثم طلقهـا فلا- یخلو إمـا أن یکون إلحاق الولـد بالزوج من حیث الفراش أم لا،بل بالواطئ لبعد الزوج عنها فی تلک المـده فلا یمکن إلحاقه به،و حینئذ فیجب علیها عده الطلاق خاصه (۲)علی الأول،و علی الثانی یجب علیها کما صرحوا به عـدتان بأن تعتـد أولا من الواطئ بوضع الحمل ثم من الزوج عـده الطلاق.قالوا:و لا یتداخلان عندنا لأنهما حقان مقصودان للآدمیین کالدین،فتداخلهما علی خلاف الأصل.

و أنت خبیر بما فی هـذا التعلیل و أمثاله کما عرفت فی غیر موضع مما تقـدم و قـد تقـدم فی کتاب النکاح اختلاف الروایات فی اتحاد العده أو تعددها فی مثل هذا الموضع،و هو نکاح الشبهه،و أن المشهور بین الأصحاب بل کاد یکون إجماعا هو التعدد،مع أن المفهوم من جمله من الأخبار أن التعدد مذهب العامه و مقتضاه حمل أخبار التعدد علی التقیه،و أن القول بالاتحاد هو الأظهر.

و من الأخبار المشار إلیها ما رواه

المشایخ الثلاثه (۳)عن زراره قال:

«سألت أبـا جعفر علیه السـلام عن امرأه نعی إلیهـا زوجها فاعتـدت و تزوجت،فجاء زوجها الأول ففارقها و فارقها الآخر،کم تعتد للناس؟قال:ثلاثه قروء،و إنما یستبرء رحمها بثلاثه قروء،و تحل للناس کلهم،قال زراره:و ذلک أن أناسا قالوا:تعتد عدتین من کل واحد عده،

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۰۹ ح ۱ و ۲ و ۳ و ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۵ ب ۵۸ ح ۱۷ و ۱۸.

۲- ۲) ما ذکر حکم ما لو تقـدم وطء الشبهه علی الطلاق،أما لو انعکس الأمر بأن طلقها ثم وطئت بالشبهه فإنهم صرحوا بأن ما مضی بعد الطلاق من المده قبل الوطء یحسب من العده و تعتد من الوطء بوضع الحمل ثم تعود إلی إتمام بقیه عده الطلاق بعد الوضع، حیث انه لا تداخل فی العدتین.(منه-قدس سره-).

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۵۰ ح ۱،الفقیه ج ۳ ص ۳۵۶ ح ۶،التهذیب ج ۷ ص ۴۸۹ ح ۱۷۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۸ ب ۳۸ ح ۱ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

فأبی ذلک أبو جعفر علیه السلام و قال:تعتد ثلاثه قروء و تحل للرجال».

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن یونس عن بعض أصحابه

«فی امرأه نعی إلیها زوجها و تزوجت،ثم قدم الزوج الأول،فطلقها و طلقها الآخر قال:فقال إبراهیم النخعی علیها أن تعتد عدتین،فحملها زراره إلی أبی جعفر علیه السلام فقال:علیها عده واحده». و بالجمله فإنهم لقصور تتبعهم للأخبار یقعون فی مثل هذا و أمثاله.

المقام الخامس:فی عده الوفاه و ما یترتب علیها

اشاره

،و المعتده عده الوفاه إما أن تکون حائلا أو حاملا،فالکلام هنا فی مواضع:

الأول:فی عده الحائل

،لا خلاف بین الأصحاب و غیرهم فی أن الحره الحائل المتوفی عنها زوجها تعتد أربعه أشهر و عشره أیام صغیره کانت أو کبیره مدخولا بها أم غیر مدخول بها دائمه أو متمتعا بها،و الأصل فی ذلک قوله عز و جل «وَ الَّذِینَ یُتَوَفَّوْنَ مِنْکُمْ وَ یَذَرُونَ أَزْوٰاجاً یَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَهَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً» (۲)و هی بإطلاقها شامله لما ذکرنا من الأفراد و غیرها من الأمه و الحامل،إلا أن هذین الفردین المذکورین خرجا بالدلیل کما سیأتی ذکره إن شاء الله تعالی.

و أما الأخبار الوارده فی المقام فهی مستفیضه.

و منها ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۳)فی الصحیح عن محمد بن مسلم عن أحدهما علیهما السلام

«فی الرجل یموت و تحته امرأه لم یدخل بها،قال:لها نصف المهر و لها المیراث کاملا و علیها العده کامله».

و عن عبید بن زراره (۴)فی الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل تزوج

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۵۱ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۸ ب ۳۸ ح ۲.

۲- ۲) سوره البقره-آیه ۲۳۴.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۱۸ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۴۴ ح ۹۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۲ ب ۳۵ ح ۱.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۱۸ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۱۴۴ ح ۹۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۲ ب ۵۸ ح ۳.

امرأه و لم يدخل بها،قال:إن هلكت أو هلكك أو طلقها فلها النصف،و عليها العده كملا و لها الميراث».

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن عبد الرحمن بن الحجاج فی الصحیح عن رجل عن علی بن الحسین علیه السلام

«أنه قال فی المتوفی عنها زوجها و لم یدخل بها أن لها نصف الصداق، و لها المیراث و علیها العده».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۲)عن الحلبی فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إن لم یکن دخل بها و قد فرض لها مهرا فلها نصف ما فرض لها و لها المیراث و علیها العده».

و بهذا المضمون عده من الأخبار قد أشرکت فی الدلاله علی أن المتوفی عنها زوجها قبل الدخول علیها العده کملا.

إلا أنه

قد روی الشیخ فی التهذیب (۳)عن محمد بن عمر الساباطی قال:

«سألت الرضا علیه السلام عن رجل تزوج امرأه فطلقها قبل أن یدخل بها،قال:لا عده علیها و سألته عن المتوفی عنها زوجها من قبل أن یدخل بها،قال:لا عده علیها هما سواء».

و ردها المتأخرون کما فی المسالک و شرح النافع للسید السند لضعف السند و شذوذها و مخالفتها للقرآن.

أقول:و الأظهر عندی أنها محموله علی التقیه کما یشیر إلیه ما رواه

الشیخ فی التهذیبین (۴)عن عبید بن زراره قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل طلق

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۱۸ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۲ ب ۵۸ ح ۵.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۱۸ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۱۴۴ ح ۱۰۰ و فیهما«ان لم یکن و قد دخل»،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۲ ب ۵۸ ح ۶.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۴۴ ح ۹۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۲ ب ۳۵ ح ۴.

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۴۴ ح ۹۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۳ ب ۳۵ ح ۵.

امرأته قبل أن یدخل بها،أ علیها عده؟قال:لا،قلت له:المتوفی عنها زوجها قبل أن یدخل بها،أ علیها عده؟قال:أمسک عن هذا».

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن عبید بن زراره فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی المتوفی عنها زوجها و لم یدخل بها،قال:هی بمنزله المطلقه التی لم یدخل بها إن کان سمی لها مهرا فلها نصفه و هی ترثه،و إن لم یکن سمی لها مهرا فلا مهر لها و هی ترثه،قلت:العده؟قال:کف عن هذا». و لا ریب أن أمره علیه السلام للسائل بالکف فی هذین الخبرین لا وجه له إلا التقیه.

و من أخبار المسأله ما رواه

الصدوق فی الفقیه (۲)فی الصحیح أو الحسن عن صفوان عن عبد الرحمن بن الحجاج قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المرأه یتزوجها الرجل متعه ثم یتوفی عنها،هل علیها العده،قال:تعتد أربعه أشهر و عشرا-إلی أن قال:-قلت:فتحد؟قال:فقال:نعم،إذا مکثت عنده أیاما فعلیها العده و تحد و إذا کانت یوما أو یومین أو ساعه من النهار فقد وجبت العده و لا تحد».

و ما رواه

عن عمر بن أذینه عن زراره (۳)فی الصحیح قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام:ما عده المتعه إذا مات عنها الذی تمتع بها؟قال:أربعه أشهر و عشرا،قال:

یا زراره کل النکاح إذا مات الزوج فعلی المرأه حره کانت أو أمه،أو علی أی وجه کان النکاح منه متعه أو تزوجها أو ملک یمین فالعده أربعه أشهر و عشرا،و عده المطلقه ثلاثه أشهر،و الأمه المطلقه علیها نصف ما علی الحره،و کذلک المتعه علیها ما علی الأمه».

و أما ما ورد

فی روایه علی بن یقطین (۴)من

أن عدتها فی الوفاه خمسه و أربعون یوما،

و فی روایه أخری (۵)

خمسه و ستون یوما. فقد تقدم الکلام فیها فی کتاب النکاح

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۱۹ ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۴ ب ۵۸ ح ۱۱.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۲۹۶ ح ۲۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۴ ب ۵۲ ح ۱ و فیهما اختلاف یسیر.

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۲۹۶ ح ۲۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۴ ب ۵۲ ح ۲ و فیهما اختلاف یسیر.

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۵۷ ح ۱۴۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۴ ب ۵۲ ح ۳.

۵- ۵) التهذیب ج ۸ ص ۱۵۷ ح ۱۴۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۴ ب ۵۲ ح ۴.

فی الفصل الثالث فی نکاح المتعه. (۱)

و من أخبار المسأله أیضا ما رواه

فی الکافی (۲)عن محمد بن سلیمان عن أبی جعفر الثانی علیه السلام قال:

«قلت له:جعلت فداک کیف صارت عده المطلقه ثلاث حیض أو ثلاثه أشهر و صارت عده المتوفی عنها زوجها أربعه أشهر و عشرا،فقال:

أما عده المطلقه ثلاثه قروء فلاستبراء الرحم من الولد،و أما عده المتوفی عنها زوجها فإن الله عز و جل شرط للنساء شرطا و شرط علیهن شرطا فلم یجیء بهن فیما شرط لهن،و لم یجر فیما اشترط علیهن،أما ما شرط لهن فی الإیلاء أربعه أشهر إذ یقول الله عز و جل «لِلَّذِینَ یُؤْلُونَ مِنْ نِسائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَهِ أَشْهُرٍ» (۳)فلم یجوز لأحد أکثر من أربعه أشهر فی الإیلاء لعلمه تبارک و تعالی أنه غایه صبر المرأه من الرجل، و أما ما شرط علیهن فإنه أمرها أن تعتد إذا مات عنها زوجها أربعه أشهر و عشرا،فأخذ منها له عند موته ما أخذ لها منه فی حیاته عند إیلائه قال الله تبارک و تعالی فی عدتهن «یَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَهَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً» و لم یذکر العشره الأیام فی العده إلا مع الأربعه الأشهر فی ترک الجماع فمن ثم أوجبه علیها و لها».

قال فی الوافی:«فلم یجیء بهن»بسکون الجیم من جاء کسعی أی لم یحبسهن و لم یمسکهن«و لم یجر»بضم الجیم من الجور خلاف العدل،انتهی.

أقول:قد نقل بعض مشایخنا المحدثین من متأخری المتأخرین أن فی بعض النسخ بالحاء المهمله قال:من المحاباه بمعنی العطیه و الصلات،أی قرر هذا الحکم رفقا لطاقتهن و وسعهن فیما فرض إصلاحهن،و فیما فرض علیهن فلم یحاب و لم یتفضل علیهن فیما شرط لهن فی الإیلاء بأن یفرض أقل من أربعه أشهر،و لم یجر علیهن من الجور و الظلم فیما فرض علیهن فی عده الوفاه بأن

۱- ۱) الحدائق ج ۲۴ ص ۱۹۰.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۱۳ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۲ ب ۳۰ ح ۲ و فیهما اختلاف یسیر.

۳- ۳) سوره البقره-آیه ۲۲۶.

یفرض أکثر من أربعه أشهر،و أما العشر فلعله لم تحسب لاشتغالها فیه بالتعزیه و انکسار شهوتها بالحزن،فکأنه غیر محسوب،و فی بعض النسخ بالجیم،و یمکن أن یکون مهموزا من جأی کسعی:أی جلس،أی لم یحبسهن و لم یمسکهن،و الأول أظهر،انتهی.

أقول:و المحاباه لغه بمعنی المسامحه،إلا أنها ترجع إلی العطیه،قال فی کتاب المصباح المنیر (۱):بأن محاباه مسامحه مأخوذه من حبوه إذا أعطیته، و حینئذ فالمراد أنه سبحانه لم یسامحهن بأن یفرض لهن فی الإیلاء أقل من الأربعه أشهر.

قال فی المسالک:تعتبر مده العده بالهلال ما أمکن،فإن مات الزوج فی خلال شهر هلالی و کان الباقی منه أکثر من عشره أیام تعد ما بقی و تحسب ثلاثه أشهر عقیبه بالأهله،و تکمل ما بقی من شهر الوفاه ثلاثین من الشهر الواقع بعد الثلاثه و تضم إلیها عشره أیام،فإذا انتهت إلی الوقت الذی مات فیه الزوج یوم مات فقد انتهت العده،و إن کان الباقی أقل من عشره أیام و لم تعتده و تحسب أربعه أشهر بالأهله عقیبه و تکمل الباقی عشره من الشهر السادس،و إن کان الباقی عشره بلا زیاده و لا نقصان اعتدت بها،و تضم إلیها أربعه أشهر بالأهله،و فی هذا المنکسر ثلاثین،أو الاکتفاء بإکمال ما فات منه خاصه ما تقدم فی نظائره من الخلاف، و إن انطبق الموت علی الشهر الهلالی حسبت أربعه أشهر بالأهله و ضمت إلیها عشره أیام من الشهر الخامس،فلو کانت محبوسه لا تعرف الهلال و لا تجد من یخبرها ممن یعتمد بقوله اعتدت بالأیام،و هی مائه و ثلاثون یوما،انتهی کلامه و هو جید.

و العشره المعتبره فی العده هی عشره لیال مع أیامها،و إن کانت الأیام غیر داخله فی العشر المجرده عن التاء علی المشهور عند أهل اللغه.

الثانی:فی عده الحامل

،و هی أبعد الأجلین من وضعها و استکمال أربعه

۱- ۱) المصباح المنیر ص ۱۶۵ و فیه هکذا«و حاباه محاباه سامحه مأخوذ من حبوته إذا أعطیته».

أشهر و عشره أيام،و هو موضع وفاق و إجماع كما نقله غير واحد منهم،و عليه تدل الأخبار المتكاثره.

قيل:و فيه جمع بين عموم الآيتين،و هما قوله عز و جل «وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَ يَذَرُونَ أَزْوٰاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً» و قوله تعالى «وَ أُولاٰتُ الْأَحْمٰالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» .

و التقريب فى ذلك أن الحامل داخله تحت عموم الآيتين و شملها عمومها،و امتثال الأمر يقتضى التربص بأبعد الأجلين ليحصل كل من العدتين.

و فيه أن الظاهر من سياق آيه وضع الحمل موردها إنما هو عده الطلاق فلا عموم فيها بحيث يشمل عده الوفاه،و بالجمله فالمرجع فى ذلك إنما هو إلى الأخبار الوارده بذلك.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب (1)عن سماعه فى الموثق قال:

«قال:المتوفى عنها زوجها الحامل،أجلها آخر الأجلين إذا كانت حبلى فتمت لها أربعه أشهر و عشرا و لم تضع فإن عدتها إلى أن تضع،و إن كانت تضع حملها قبل أن يتم لها أربعه أشهر و عشرا تعتد بعد ما تضع تمام أربعه أشهر و عشرا،و ذلك أبعد الأجلين».

و ما رواه

فى الكافى (2)عن عبد الله بن سنان فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«الحبلى المتوفى عنها زوجها عدتها آخر الأجلين».

و عن محمد بن قيس (3)فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه توفى عنها زوجها و هى حبلى،فولدت قبل أن تنقضى أربعه أشهر و عشر فتزوجت،فقضى أن يخلى عنها ثم لا يخطبها حتى ينقضى آخر الأجلين

1- 1) الكافى ج 6 ص 113 ح 1،التهذيب ج 8 ص 150 ح 117،الوسائل ج 15 ص 455 ب 31 ح 2 و ما فى المصادر اختلاف يسير.

2- 2) الكافى ج 6 ص 114 ح 6،الوسائل ج 15 ص 455 ب 31 ح 5.

3- 3) الكافى ج 6 ص 114 ح 5،الوسائل ج 15 ص 456 ب 31 ح 3.

فإن شاء أولياء المرأه أنكحوها و إن شاءوا أمسكوها،فإن أمسكوها ردوا عليه ماله».

و عن محمد بن مسلم (۱)فی الموثق قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:المرأه الحبلی المتوفی عنها زوجها تضع و تزوج قبل أن یخلو أربعه أشهر و عشر؟قال:إن کان زوجها الذی تزوجها دخل بها فرق بینهما و اعتدت ما بقی من عدتها الاولی و عده اخری،و من لم یکن دخل بها فرق بینهما و اعتدت ما بقی من عدتها،و هو خاطب من الخطاب».

و عن الحلبی (۲)فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه قال:فی الحامل المتوفی عنها زوجها تنقضی عدتها آخر الأجلین».

و عن زراره (۳)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«عده المتوفی عنها زوجها آخر الأجلین لأن علیها أن تحد أربعه أشهر و عشرا و لیس علیها فی الطلاق أن تحد». و إطلاقها محمول علی الحامل لما عرفت من أخبار المسألتین.

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۴)عن الحلبی فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن المرأه الحبلی یموت زوجها فتضع و تزوج قبل أن تمضی لها أربعه أشهر و عشرا،فقال:إن کان دخل بها فرق بینهما،ثم لم تحل له أبدا، و اعتدت بما بقی علیها من الأول،و استقبلت عده اخری من الآخر ثلاثه قروء، و إن لم یکن دخل بها فرق بینهما،و اعتدت بما بقی علیها من الأول و هو خاطب من الخطاب».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۱۴ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۶ ب ۳۱ ح ۶ و فیهما اختلاف یسیر.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۱۴ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۵ ب ۳۱ ح ۱.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۱۴ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۵ ب ۳۱ ح ۴.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۲۷ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۳۰۶ ح ۳۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۴۶ ب ۱۷ ح ۶ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

و خالف العامه فی هذا الحکم فجعلوا عدتها وضع الحمل کالطلاق و لو بلحظه من یوم الوفاه،و الأخبار کما تری ترده.

الثالث [فی معنی الحداد]

اشاره

فیما یترتب علیها و هو الحداد،و لا خلاف فیه بین کافه أهل العلم من الخاصه و العامه،و الأخبار به من الفریقین متضافره،و هو عباره عن ترک الزینه، و علی ذلک اتفقت کلمه الفقهاء و أهل اللغه أیضا.

قال فی کتاب المصباح المنیر (1)حدت المرأه علی زوجها تحد،و تحد حدادا بالکسر فهی حاد بغیر هاء،و أحدت إحدادا فهی محد،و محده،إذا ترکت الزینه لموته،و أنکر الأصمعی الثلاثی و اقتصر علی الرباعی،انتهی.

و قال فی الصحاح (2)أحدت المرأه أی امتنعت من الزینه و الخضاب بعد وفاه الزوج.

و قال فی القاموس (3)و الحاده المحده تارکه الزینه للعده.

و ظاهر عباره الصحاح الاقتصار علی الرباعی کما ذکره الأصمعی،و عباره القاموس ظاهره فیهما.

و من الأخبار الوارده فی المقام ما رواه

فی الکافی (4)عن ابن أبی یعفور فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن المتوفی عنها زوجها،فقال:لا تکتحل للزینه و لا تطیب و لا تلبس ثوبا مصبوغا،و لا تبیت عن بیتها،و تقضی الحقوق، و تمتشط بغسله،و تحج و إن کانت فی عدتها».

قال فی کتاب مجمع البحرین (5)و الغسله بالکسر الطیب و ما تجعله المرأه

1- 1) المصباح المنیر ص 171.
2- 2) الصحاح ج 2 ص 463.
3- 3) القاموس المحیط ج 1 ص 287.
4- 4) الکافی ج 6 ص 116 ح 4،الوسائل ج 15 ص 450 ب 29 ح 2.
5- 5) مجمع البحرین ج 5 ص 434.

فی شعرها عند الامتشاط،و نحوه ما نقل عن الصحاح. (۱)

و فی القاموس (۲)ما تجعله المرأه فی شعرها عند الامتشاط و ما یغسل به الرأس من خطمی و نحوه قال فی کتاب المصباح المنیر (۳)و ظاهر عباره الصحاح و کتاب المجمع اشتماله علی الطیب.

و ما رواه

فی الکافی (۴)عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام

«فی حدیث قال فیه:فتمسک عن الکحل و الطیب و الأصباغ».

و عن أبی العباس (۵)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:المتوفی عنها زوجها قال:

لا تکتحل للزینه و لا تطیب،و لا تلبس ثوبا مصبوغا،و لا تخرج نهارا،و لا تبیت عن بیتها،قلت:أ رأیت إن أرادت أن تخرج إلی حق کیف تصنع؟قال:تخرج بعد نصف اللیل و ترجع عشاء».

و عن زراره (۶)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«المتوفی عنها زوجها لیس لها أن تطیب و لا تزین حتی تنقضی عدتها أربعه أشهر و عشره أیام».

و عن أبی بصیر (۷)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن المرأه یتوفی عنها زوجها و تکون فی عدتها،أ تخرج فی حق؟فقال:إن بعض نساء النبی صلی الله علیه و آله سألته فقالت:إن فلانه توفی عنها زوجها،فتخرج فی حق ینوبها؟فقال لها رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم:أف لکن قد کنتن من قبل أن ابعث فیکن،و أن المرأه منکن إذا توفی عنها زوجها أخذت بعسره فرمت بها خلف ظهرها،ثم قالت:لا أمتشط و لا أکتحل

۱- ۱) الصحاح ج ۵ ص ۱۷۸۱.
۲- ۲) القاموس المحیط ج ۴ ص ۲۴.
۳- ۳) المصباح المنیر ص ۶۱۲.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۱۲ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۹ ب ۲۹ ح ۱.
۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۱۱۶ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۰ ب ۲۹ ح ۳.
۶- ۶) الکافی ج ۶ ص ۱۱۷ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۰ ب ۲۹ ح ۴.

۷- ۷) الکافی ج ۶ ص ۱۱۷ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۹ ب ۳۳ ح ۷.

و لا ـ أختضب حولا ـ كاملا،و إنما أمرتكن بأربعه أشـهر و عشـرا ثم لا تصبرن،لا تمتشط و لا تكتحل و لا تختضب و لا تخرج من بيتهـا نهـارا و لا ـ تبيت عن بيتهـا،فقـالت:يـا رسول الله فكيف تصـنع إن عرض لهـا حق؟فقـال:تخرج بعـد زوال الليل و ترجع عند المساء،فتكون لم تبت عن بيتها قلت له:فتحج؟قال:نعم».

و عن محمد بن مسلم (۱)قال:

«جاءت امرأه إلى أبى عبد الله عليه السـلام تستفتيه فى المبيت فى غير بيتها و قد مات زوجها،فقال:إن أهل الجاهليه كان إذا مات زوج المرأه أحدت عليه امرأته اثنى عشر شهرا،فلما بعث الله محمدا صلى الله عليه و آله و سلم رحم ضعفهن فجعل عدتهن أربعه أشهر و عشرا،و أنتن لا تصبرن على هذا!!».

و ما رواه

فى كتاب الفقيه (۲)فى الصحيح قال:

«كتب الصـفار إلى أبى محمد الحسن ابن على عليهما السلام فى امرأه مات عنها زوجها،و هى فى عده منه،و هى محتاجه لا تجد من ينفق عليهـا،و هى تعمـل للنـاس،هـل يجوز لهـا أن تخرج و تعمل و تبيت عن منزلها فى عـدتها قال:فوقع عليه السـلام:لا بأس بذلك إن شاء الله».

و ما رواه

فى الفقيه و التهذيب (۳)عن عمار الساباطى فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام

«أنه سئل عن المرأه يموت زوجها،هل يحل لها أن تخرج من منزلها فى عدتها؟قال:نعم و تختضب و تدهن و تكتحل و تمتشط و تصبغ و تلبس المصبغ و تصنع ما شاءت بغير زينه لزوج».

و ما رواه

فى الكافى (۴)عن ابن بكير فى الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۱۷ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۱ ب ۳۴ ح ۳.

۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۳۲۸ ح ۱۲ و فيه اختلاف يسير،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۱ ب ۳۴ ح ۱.

۳- ۳) الفقيه ج ۳ ص ۳۲۸ ح ۱۳،التهذيب ج ۸ ص ۸۳ ذيل ح ۱۹۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۸ ب ۳۳ ح ۱ مع اختلاف يسير فى

الأخيرين.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۱۸ ح ۱۴،الفقیه ج ۳ ص ۳۲۸ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۹ ب ۳۳ ح ۳.

عن التی توفی عنها زوجها أ تحج؟قال:نعم و تخرج و تنتقل من منزل». و رواه فی الفقیه مرسلا مقطوعا.

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن عبید بن زراره عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن المتوفی عنها زوجها أ تخرج من بیت زوجها؟قال:تخرج من بیت زوجها و تحج و تنتقل من منزل إلی منزل».

أقول:و المفهوم من هذه الأخبار أن الحداد هو ترک کل ما یعد زینه فی البدن أو اللباس و إن اختلف ذلک باختلاف العادات فی البلدان،فیحکم علی کل بلد بما هو المعتاد فیها،فلا یحرم علیها دخول الحمام و لا تنظیف البدن و لا تسریح الشعر و لا تقلیم الأظفار و لا السواک و لا السکنی فی المساکن العالیه و لا التدثر بالفرش الفاخره،لأن ذلک لا یعد من الزینه عرفا.

و ظاهر صحیحه ابن أبی یعفور المتقدمه و روایه أبی العباس جواز الکحل للضروره و عدم قصد الزینه به،و فیها إشاره إلی أن ما کان زینه و ألجأت إلیه الضروره فإنه لا بأس به.و یؤیده ما ورد من أن الضرورات تبیح المحظورات،و إن لم یرد بهذا اللفظ،إلا أن هذا المعنی مستفاد من عده من الأخبار تقدمت الإشاره إلیها فی غیر موضع.

و فی المسالک أنه مع الضروره إلی الاکتحال فتکتحل لیلا و تمسحه نهارا و فیه أن إطلاق الخبرین المتقدمین تدفعه،فإنه متی کان الاکتحال لغیر الزینه فلا بأس ببقائه نهارا،و النفع المترتب علیه لا یختص باللیل و إن کان آکد و الاحتیاط یقتضی الوقوف علی ما ذکره إذا لم تلجأ الضروره إلیه نهارا.

و أما ما یظهر من موثقه عمار من أنها تختضب و تدهن و تصبغ و تصنع ما شاءت، فلا یخلو من مدافعه لما تقدمها من الأخبار،و من ثم قال فی الوافی ذیل الموثقه المذکوره:ینبغی حمل هذا الخبر علی الشذوذ.

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۱۶ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۹ ب ۳۳ ح ۵.

أقول:أما ما اشتمل علیه الخبر المذکور من التدهن و الامتشاط فالظاهر أنه غیر داخل فی الزینه لما عرفت،و أما الخضاب و الصبغ و أن تصنع ما تشاء فالظاهر حمله علی الضروره،و إلیه یشیر قوله«لغیر زینه من زوج»أی یجوز فعل هذه الأشیاء لا لقصد التزین للأزواج و لیس بعد ذلک إلا لغرض ألجأت إلیه الضروره.

بقی الکلام فی اختلاف هذه الأخبار فی جواز الخروج من بیتها و البیات فی غیره،فإن أکثر الأخبار قد دل علی المنع بآکد وجه إلا مع الضروره،فتخرج بعد نصف اللیل و تعود عشاء،و جمله منها قد دل علی الجواز مطلقا،و هی الأخبار الأخیره،و الظاهر الجمع بینهما بما تضمنته صحیحه الصفار المتقدمه من إلجاء الحاجه إلی ذلک و الضروره فتخرج نهارا،و تبیت فی غیره لیلا.

و الشیخ فی کتابی الأخبار جمع بینها بحمل أخبار النهی عن البیتوته عن بیتها علی الاستحباب کما هو قاعدته غالبا فی جمیع الأبواب،و ظاهر الأخبار المانعه بآکد منع لا یساعده.

و من أخبار المسأله زیاده علی ما قدمنا ما رواه

أبو منصور أحمد بن أبی طالب الطبرسی فی الاحتجاج و الشیخ فی کتاب الغیبه (1)عن صاحب الزمان علیه السلام

مما کتب فی أجوبه مسائل محمد بن عبد الله بن جعفر الحمیری حیث سأله عن المرأه یموت زوجها،هل یجوز لها أن تخرج فی جنازته أم لا؟التوقیع:تخرج فی جنازته، و هل یجوز لها و هی فی عدتها أن تزور قبر زوجها؟التوقیع:تزور قبر زوجها و لا تبیت عن بیتها،و هل یجوز لها أن تخرج فی قضاء حق یلزمها أم لا تخرج من بیتها فی عدتها؟التوقیع:إذا کان حق خرجت فیه و قضته،و إن کان لها حاجه و لم یکن لها من ینظر فیها خرجت لها حتی تقضیها،و لا تبیت إلا فی منزلها.

أقول:و هذا الخبر قد اشتمل علی ما فصلناه فی تلک الأخبار بعد حمل مطلقها علی مقیدها و ملخصه أنه مع الضروره إلی الخروج فلا إشکال فی جواز الخروج

۱- ۱) الاحتجاج ص ۲۶۹،الغیبه ص ۲۴۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۰ ب ۳۳ ح ۸.

و إن استلزم البيات فی غیر بیتها،و مع عدم الضروره فإنه یرخص لها الخروج لقضاء الحقوق التی یلزمها من عیاده مریض أو حضور تعزیه و نحو ذلک من الحقوق التی یقوم بها النساء بعضهن لبعض و نحو ذلک من الأمور المستحبه،لکن لا تبیت إلا فی بیتها،و لا ینافی ذلک الأخبار الداله علی جواز الانتقال من منزل إلی آخر.

و منها زیاده علی ما قدمناه ما رواه

فی الکافی (۱)عن معاویه بن عمار فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن المرأه المتوفی عنها زوجها تعتد فی بیتها أو حیث شاءت؟قال:بل حیث شاءت،إن علیا علیه السلام لما توفی عمر أتی أم کلثوم فانطلق بها إلی بیته».

و عن سلیمان بن خالد (۲)فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن امرأه توفی عنها زوجها،أین تعتد فی بیت زوجها تعتد أو حیث شاءت؟قال:بل حیث شاءت،ثم قال:إن علیا علیه السلام لما مات عمر أتی أم کلثوم فأخذ بیدها فانطلق بها إلی بیته».

و عن عبد الله بن سلیمان (۳)

«قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المتوفی عنها زوجها أ تخرج إلی بیت أبیها و أمها من بیتها إن شاءت فتعتد؟فقال:إن شاءت أن تعتد فی بیت زوجها اعتدت،و إن شاءت اعتدت فی أهلها،و لا تکتحل و لا تلبس حلیا».

و عن یونس (۴)عن رجل عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن المتوفی عنها زوجها أ تعتد فی بیت تمکث فیه شهرا أو أقل من شهر أو أکثر ثم تتحول منه إلی غیره فتمکث فی المنزل الذی تحولت إلیه مثل ما مکثت فی المنزل الذی تحولت

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۱۵ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۸ ب ۳۲ ح ۳.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۱۵ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۱۶۱ ح ۱۵۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۷ ب ۳۲ ح ۱.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۱۶ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۸ ب ۳۲ ح ۴.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۱۶ ح ۹،التهذیب ج ۸ ص ۱۶۰ ح ۱۵۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۱ ب ۳۴ ح ۲.

منه،کذا صنعتها حتی تنقضی عدتها؟قال:یجوز ذلک لها و لا بأس».

و الشیخ و من تبعه قد عملوا بهذه الأخبار،فقالوا بجواز ترک البیات فی المنزل و جواز الخروج حیث شاءت،و حملوا أخبار النهی علی الکراهه.

و الأقرب أن جواز الانتقال من منزل إلی آخر لا ینافی وجوب الاستقرار فی ذلک المنزل الذی استقرت فیه،فلا یجوز لها الخروج و الرجوع إلیه إلا فی الصوره التی قدمنا ذکرها من الضروره و قضاء الحقوق،فلا منافاه.

[فوائد]

اشاره

و فی المقام فوائد یجب التنبیه علیها:

الاولی [اختصاص الحکم بالزوجه]

ما ذکرنا من الحکم المذکور مختص بالزوجه،فلا یتعدی إلی غیرها من أقارب المیت و بناته و لا إلی إمائه و لو کن موطوءات أو أمهات أولاد، للأصل،و تعلیق الحکم فی الأخبار علی الزوجه المشار إلیها بالمتوفی عنها زوجها نعم قد ورد فی بعض الأخبار الأمر بالاعتداد لهن ثلاثا.

فروی الشیخ فی التهذیب (۱)عن محمد بن مسلم قال:

«لیس لأحد أن یحد أکثر من ثلاثه إلا المرأه علی زوجها حتی تنقضی عدتها».

و عن أبی یحیی الواسطی (۲)عن بعض أصحابنا عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« یحد الحمیم علی حمیمه ثلاثا،و المرأه علی زوجها أربعه أشهر و عشرا». و الظاهر أنه علی الاستحباب.

الثانیه [عدم الفرق فی الزوجیه بین الصغیر و الکبیر]

قد صرح فی المسالک بأنه لا فرق فی الزوجیه بین الصغیر و الکبیر و لا المسلمه و الکافره،و لا بین المدخول بها و غیرها،لإطلاق الأدله المتقدمه،و علی هذا فالتکلیف فی الصغیره متعلق بالولی،فعلیه أن یجنبها ما تتجنبه الکبیره من الأمور المعتبره فی الحداد و نحوها المجنونه،انتهی.

و ظاهره أن الحکم المذکور اتفاقی،حیث لم یشر إلی خلاف فیه،مع أن المنقول عن ابن إدریس منع ذلک فی الصغیره فإنه لا

حداد عليها،و إليه مال

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۶۰ ح ۱۵۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۰ ب ۲۹ ح ۵.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۶۰ ح ۱۵۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۰ ب ۲۹ ح ۶.

العلامه فی المختلف أیضا،حیث نقل ذلک عن ابن إدریس فقال فی الکتاب المذکور -بعد أن نقل عن الشیخ (۱)فی الخلاف و المبسوط القول بوجوب العده علیها-ما لفظه:

و قال ابن إدریس:و لی فی الصغیره نظر،لأن لزوم الحداد حکم شرعی و تکلیف سمعی،و التکالیف لا تتوجه إلا إلی العقلاء،و إنما ذهب شیخنا فی مسائل خلافه إلی أن الصغیره یلزمها الحداد،و لم یدل بإجماع الفرقه و لا بالأخبار،و هذه المسأله لا نص لأصحابنا علیها و لا إجماع.

ثم قال فی المختلف:و قول ابن إدریس لا بأس به،لأن الحداد هو ترک ما یحصل به الجمال و الزینه،و لبس الثیاب المزعفرات و الملونات التی تدعو النفس إلیها و تمیل الطباع نحوها،و هو إنما یؤثر فی البالغ دون الصبیه غالبا،انتهی.

أقول:ما استدل به ابن إدریس-من اختصاص الخطابات بهذه التکالیف فی الأخبار المتقدمه بالبالغه العاقله،و الأصل براءه ذمه الولی-جید وجیه،کما لا یخفی علی الفطن النبیه.

الثالثه:هل یفرق فی الزوجه بین الحره و الأمه؟

قولان.

فذهب الشیخ فی النهایه إلی الفرق بینهما،و اختاره ابن البراج فی کتابیه و نقله فی المختلف عن ابن الجنید و شیخنا المفید و ابن أبی عقیل من المتقدمین، و هو اختیار العلامه فی المختلف و شیخنا فی المسالک و سبطه فی شرح النافع.

و ذهب الشیخ فی المبسوط إلی عدم الفرق بینهما فیجب علیهما الحداد معا،

۱- ۱) و صوره ما نقله عن الشیخ أنه قال:المتوفی عنها زوجها إذا کانت صغیره علیها الحداد بلا خلاف،و ینبغی لولیها أن یجنبها ما یجب علی الکبیره اجتنابه من الإحداد بلا خلاف،و استدل بعموم الخبر و طریقه الاحتیاط،و ما روی أن امرأه أتت النبی صلی الله علیه و آله فقالت:یا رسول الله ان ابنتی توفی عنها زوجها و قد اشتکت عینها،أ فأکحلها؟قال: لا،و لم یسأل هل هی کبیره أو صغیره،فدل علی أن الحکم لا یختلف،و تبعه ابن البراج، انتهی.(منه-قدس سره-).

و اختاره ابن إدريس،و هو ظاهر أبی الصلاح و سلار و ابن حمزه،حیث أوجبوا الحداد علی المعتده و لم یفصلوا.

و الأظهر الأول،لما رواه

ثقه الإسلام فی الصحیح عن زراره (1)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«إن الأمه و الحره کلتیهما إذا مات عنهما زوجهما سواء فی العده،إلا أن الحره تحد و الأمه لا تحد».

احتج الشیخ علی ما ذهب إلیه فی المبسوط و ابن إدریس علی ما نقله العلامه فی المختلف بقوله علیه السلام«لا تحل لامرأه تؤمن بالله و الیوم الآخر أن تحد علی میت فوق ثلاث لیال إلا علی زوج أربعه أشهر و عشرا»و لم یفرق.

قال فی المختلف:و الجواب:إن هذه الروایه لم تصل إلینا مسنده عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم،و إنما رواها الشیخ مرسله و لا حجه فیها،انتهی.

أقول فیه:إن هذه الروایه بعینها و إن لم ترد من طرقنا،إلا أن نظیرها مما قدمناه فی الفائده الاولی،و هو روایه محمد بن مسلم و روایه الواسطی قد ورد من طرقنا،و هو و إن دل علی ما دل علیه الخبر المذکور لکن الجواب من ذلک ظاهر بأن إطلاق الخبرین المذکورین مقیده بالصحیحه المذکوره،و من القاعده المسلمه تقدیم العمل بالمقید و تقیید المطلق به.

ثم إن العلامه فی المختلف قال و نعم ما قال:و العجب أن ابن إدریس ترک مقتضی العقل و النقل و هو أصاله البراءه من التکلیف بالحداد و ما تضمنته الروایه الصحیحه التی قدمناها و عول علی هذا الخبر المقطوع السند،مع ادعائه أن الخبر الواحد المتصل لا یعمل به،فکیف المرسل،و هذا یدل علی قصور قریحته و عدم تفطنه بوجوه الاستدلال،انتهی و هو جید.

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۷۰ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۵۳ ب ۱۲۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۲ ب ۴۲ ح ۲.

الرابعه [عدم الحداد على المطلقه]

الظاهر أنه لا خلاف فى أن المطلقه لا حداد عليها رجعيه كانت أو بائنه.

أما الرجعيه فلبقاء أحكام الزوجيه و توقع الرجعه،بل ظاهر جمله من الأخبار استحباب التزين لها كما ستقف عليه.

و أما البائن فعلله فى المسالك بأنها مجفوه بالطلاق،فلا يلائم التكليف بما يقتضى التفجع على الزوج و الحزن بخلاف المتوفى عنها زوجها.

و الذى وقفت عليه من الأخبار المتعلقه بالمقام ما رواه

فى الكافى و التهذيب (۱)عن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«المطلقه تكتحل و تختضب و تلبس ما شاءت من الثياب لأن الله عز و جل يقول «لَعَلَّ اللّٰهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذٰلِكَ أَمْراً» (۲)لعلها أن تقع فى نفسه فيراجعها.

و عن محمد بن قيس (۳)عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«المطلقه تشوق لزوجها ما كان له عليها رجعه و لا يستأذن عليها».

و عن أبى بصير (۴)عن أحدهما عليهما السلام

«فى المطلقه تعتد فى بيتها و تظهر له زينتها لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا».

و هذه الأخبار كما ترى ظاهره فى نفى الحداد فى المطلقه الرجعيه،و أنه يستحب لها الزينه كما قدمنا ذكره.

و ما رواه

فى الفقيه (۵)عن عمار الساباطى فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام

«أنه

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۹۲ ح ۱۴،التهذيب ج ۸ ص ۱۵۸ ح ۱۴۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۷ ب ۲۱ ح ۲ و ما فى المصادر اختلاف يسير.

۲- ۲) سوره الطلاق-آيه ۱.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۹۱ ح ۷ و فیه«تشوفت»،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۷ ب ۲۱ ح ۴.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۹۱ ح ۱۰،التهذیب ج ۸ ص ۱۳۱ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۷ ب ۲۱ ح ۱.

۵- ۵) الفقیه ج ۳ ص ۳۲۸ ح ۱۳،التهذیب ج ۸ ص ۸۲ ضمن ح ۱۹۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۱ ب ۲۹ ح ۷ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

سئل عن المرأه إذا اعتدت،هل يحل لها أن تختضب فی العده؟قال:لها أن تكتحل و تدهن و تمتشط و تصبغ و تلبس الصبغ و تختضب بالحناء و تصنع ما شاءت لغیر زینه من زوج».

و ما رواه

فی الكافی (۱)عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«عده المتوفی عنها زوجها آخر الأجلین لأن علیها أن تحد أربعه أشهر و عشرا و لیس علیها فی الطلاق أن تحد».

و هذان الخبران ظاهران فی نفی الحداد عن المطلقه بائنه كانت أو رجعیه.

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۲)عن محمد بن یعقوب بسنده إلی مسمع بن عبد الملک عن أبی عبد الله علیه السلام عن علی علیه السلام قال:

«المطلقه تحد كما تحد المتوفی عنها زوجها و لا تكتحل و لا تطیب و لا تختضب و لا تمتشط».

قال فی الوافی بعد نقل هذا الخبر كما نقلناه:هذا الحدیث لم نجده فی الكافی و الذی یظهر من كلام صاحب الوسائل أنه موجود فیه،حیث إنه نقل ذلک عن العده عن سهل عن أبی شمعون عن عبد الله بن عبد الرحمن عن مسمع بن عبد الملک عن أبی عبد الله علیه السلام.إلی آخر الخبر،ثم قال:و رواه الشیخ بإسناده عن محمد ابن یعقوب إلا أنه یحتمل أنه اعتمد علی كلام الشیخ و روایته عن محمد بن یعقوب بهذه الاسناد فأسنده عن محمد بن یعقوب ثم أسنده إلی الشیخ.

و بالجمله فإنه لا یحضرنی الآن كتاب الكافی فلیراجع.

و كیف كان فهذه الروایه كما تری ظاهره المخالفه لما قدمناه من الأخبار، و الشیخ-رحمه الله علیه-حملها علی البائن،و أنه یستحب لها الحداد،قال:لأن استعمال الزینه إنما یستحب لها فی الطلاق الرجعی لیراها الرجل فربما یراجعها و لا بأس به فی مقام الجمع و إن كان لا یخلو من نوع بعد،إذ لیس بعد ذلک إلا

۱- ۱) الكافی ج ۶ ص ۱۱۴ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۷ ب ۲۱ ح ۳.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۶۰ ح ۱۵۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۸ ب ۲۱ ح ۵.

طرحه من البين.

و ما رواه

فی کتاب قرب الاسناد (۱)عن عبد الله بن الحسن عن علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن المطلقه لها أن تکتحل و تختضب و تلبس ثوبا مصبوغا؟قال:لا بأس إذا فعلته من غیر سوء».

و هذا الخبر نظیر ما تقدم

فی خبر عمار من قوله علیه السلام

«تصنع ما شاءت لغیر ریبه من زوج». و مرجعها إلی أنها یجوز لها الزینه ما لم یکن التزین لغیر زوجها الذی طلقها من الأجانب.

و من هنا یمکن حمل خبر مسمع و ما تضمنه من النهی عن تلک الأشیاء المذکوره فیه علی ما إذا لم یکن لغیر الزوج من الأجانب،کما یشیر إلیه هذان الخبران، و إن سماها حدادا،و هو محمل قریب کما لا یخفی علی الأریب.

الخامسه:لو أخلت بما وجبت علیها من الحداد

فلا إشکال فی أنها تکون عاصیه لإخلالها بالواجب،و هل تنقضی عدتها؟أم لا بل یجب علیها استئناف ما أخلت به بأن تحد فی قدر ما مضی من تلک الأیام؟قولان.

أشهرهما علی ما نقله فی المسالک الأول،قال:للأصل،و عدم المنافاه بین المعصیه له تعالی و انقضاء العده،فتدخل فی عموم الأدله الداله علی انقضاء العده بما بعد المده المضروبه لعموم قوله تعالی «فَإِذٰا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاٰ جُنٰاحَ عَلَیْکُمْ فِیمٰا فَعَلْنَ فِی أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (۲)ثم نقل عن أبی الصلاح و السید الناصر شارح الرساله أنه لا یحسب من العده ما لا یحصل فیه الحداد من الزمان للإخلال لمراد الشارع،فلم یحصل الامتثال و یجب الاستئناف،ثم رده بأنه نادر،و الأظهر هو قول المشهور.

السادسه:لو وطئت المرأه بعقد الشبهه ثم مات الواطئ

فإن العده الواجبه علیها عده الطلاق لا عده الوفاه،لأن أخبار عده الوفاه موردها الزوجه و لا زوجیه

۱- ۱) قرب الاسناد ص ۱۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۸ ب ۲۱ ح ۶.

۲- ۲) سوره البقره-آیه ۲۳۴.

هنا و إن عوملت معامله الزوجه فی بعض الأحکام لدلیل خاص.

و بالجمله فالحکم فی الأخبار متعلق بالزوجه و هی المنکوحه بالعقد الصحیح و العده هنا إنما ترتبت علی الوطء لا علی العقد حتی أنه لو وطأها شبهه عن غیر عقد بالکلیه کأن یطأها بظن أنها زوجته مثلا فإنه یجب علیها عده الطلاق،فهذه العده واجبه علیها لذلک حیا کان أو میتا،فلا یتعلق بها حکم عده الوفاه و لا ما یترتب علیها من الحداد.

المقام السادس:فی حکم المفقود زوجها

اشاره

،و تفصیل الکلام فی المقام حسب ما ذکره علماؤنا الأعلام أن یقال:لا إشکال و لا خلاف فی أن الغائب إن علمت حیاته فهو کالحاضر،و إن علم موته اعتدت منه و جاز تزویجها،و لو علمت الوفاه هی خاصه جاز لها التزویج و إن لم یحکم بها الحاکم،لکن لا یجوز لمن علم بالزوجیه و لم یثبت عنده موت الزوج تزویجها،نعم لو کان جاهلا بحالها و عول علی إخبارها بعدم الزوج أو وفاته فإنه یجوز له تزویجها لأنها مصدقه فی إخبارها کما دلت علیه الأخبار.

إنما الإشکال فیما لو انقطع خبره و لم یثبت موته و لا حیاته،فإن الذی تقتضیه الأصول و استصحاب حکم الزوجیه هو وجوب الصبر إلی أن یثبت موته شرعا،لکن قد وردت الأخبار عنهم علیهم السلام بخلاف ذلک فی الباب،إلا أنها أیضا لا یخلو بعضها مع بعض من التدافع و الاضطراب.

و قد اتفقت کلمه الأصحاب کما هو ظاهر الأخبار الآتیه أیضا علی أنه یجب الصبر علیها ما أنفق علیها فی مال المفقود أو الولی أو غیرهما،و أما مع عدم من ینفق فإنه یجب الصبر علیها أربع سنین لیطلب فیها،و أن النفقه فی ضمن الأربع إما من مال المفقود إن کان له مال،و إلا فمن بیت المال،و بعد الأربع مع حصول الفحص فیها أو بعدها یجری علیها الحکم المذکور.

[الأخبار الوارده فی المقام]

و الواجب أولا نقل ما وصل إلینا من أخبار المسأله ثم الکلام فیها بما وفق

الله تعالى فهمه منها ببركه أهل الذكر عليهم السلام.

و منها ما رواه

فى الكافى (۱)عن الحلبى فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله عليه السلام

«أنه سئل عن المفقود،فقال:المفقود إذا مضى له أربع سنين بعث الوالى أو يكتب إلى الناحيه التى هو غائب فيها فإن لم يوجد له أثر أمر الوالى وليه أن ينفق عليها فما أنفق عليها فهى امرأته،قال:قلت:فإنها تقول:فإنى أريد ما تريد النساء، قال:ليس ذلك لها و لا كرامه،فإن لم ينفق عليها وليه أو وكيله أمره أن يطلقها فكان ذلك عليها طلاقا واجبا».

و ما رواه

المشايخ الثلاثه (۲)عن بريد بن معاويه قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المفقود كيف يصنع بامرأته؟قال:ما سكتت عنه و صبرت يخلى عنها،فإن هى رفعت أمرها إلى الوالى أجلها أربع سنين،ثم يكتب إلى الصقع الذى فقد فيه يسأل عنه،فإن خبر عنه بحياه صبرت،و إن لم يخبر عنه بشىء حتى تمضى الأربع سنين دعى ولى الزوج المفقود فقيل له:هل للمفقود مال؟فإن كان له مال أنفق عليها حتى يعلم حياته من موته،و إن لم يكن له مال قيل للولى:أنفق عليها،فإن فعل فلا سبيل لها إلى أن تتزوج ما أنفق عليها،و إن أبى أن ينفق عليها أجبره الوالى على أن يطلق تطليقه فى استقبال العده و هى طاهره،فيصير طلاق الولى طلاق الزوج،فإن جاء زوجها قبل أن تنقضى عدتها من يوم طلقها الوالى فبدا له أن يراجعها فهى امرأته و هى عنده على تطليقتين،و إن انقضت العده قبل أن يجىء و يراجع فقد حلت للأزواج،و لا سبيل للأول عليها».

قال فى الفقيه:و فى روايه اخرى (۳)

«أنه إن لم يكن للزوج ولى طلقها الوالى

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۴۷ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۹ ب ۲۳ ح ۴.
۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۱۴۷ ح ۲،الفقيه ج ۳ ص ۳۵۴ ح ۱،التهذيب ج ۷ ص ۴۷۹ ح ۱۳۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۹ ب ۲۳ ح ۱ و ما فى المصادر اختلاف يسير.
۳- ۳) الفقيه ج ۳ ص ۳۵۴ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹۰ ب ۲۳ ح ۲.

و يشهد شاهدين عدلين،فيكون طلاق الوالى طلاق الزوج،و تعتد أربعه أشهر و عشرا ثم تتزوج إن شاءت».

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن أبی الصباح الکنانی عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی امرأه غاب عنها زوجها أربع سنین و لم ینفق علیها،و لم تدر أ حی هو أم میت،أ یجبر ولیه علی أن یطلقها؟قال:نعم،و إن لم یکن له ولی طلقها السلطان،قلت:فإن قال الولی:أنا أنفق علیها،قال:فلا یجبر علی طلاقها،قال:قلت:أ رأیت إن قالت:أنا أرید ما ترید النساء و لا أصبر و لا أقعد کما أنا؟قال:لیس لها و لا کرامه إذا أنفق علیها».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۲)فی الموثق عن سماعه قال:

«سألته عن المفقود، قال:إن علمت أنه فی أرض فهی تنتظر له أبدا حتی یأتیها موته أو یأتیها طلاقه، و إن لم تعلم أین هو من الأرض کلها و لم یأتها منه کتاب و لا خبر فإنها تأتی الإمام فیأمرها أن تنتظر أربع سنین فیطلب فی الأرض،فإن لم یوجد له أثر حتی تمضی الأربع سنین أمرها أن تعتد أربعه أشهر و عشرا،ثم تحل للرجال،فإن قدم زوجها بعد ما تنقضی عدتها،فلیس له علیها رجعه،و إن قدم و هی فی عدتها أربعه أشهر و عشرا فهو أملک برجعتها».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۳)عن السکونی عن جعفر عن أبیه علیهما السلام

«أن علیا علیه السلام قال فی المفقود:لا تتزوج امرأته حتی یبلغها موته أو طلاق أو لحوق بأهل الشرک».

هذا ما وقفت علیه من أخبار المسأله ،إذا عرفت ذلک فاعلم أن تحقیق

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۴۸ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹۰ ب ۲۳ ح ۵ و فیهما اختلاف یسیر.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۴۸ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۴۷۹ ح ۱۳۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۹۰ ب ۴۴ ح ۲ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۷۸ ح ۱۲۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹۰ ب ۲۳ ح ۳.

الکلام فی المقام یتوقف علی بسطه فی مسائل:

الأولی [تکلیف الزوجه بعد الطلب أربع سنین]

اختلف الأصحاب لاختلاف هذه الأخبار فی أنه بعد الطلب أربع سنین و لم یعرف له خبر فهل یکفی أمر الحاکم لها بالاعتداد عده الوفاه؟أم لا ـ بد من الطلاق أولا ـ من الولی أو الحاکم مع عدمه؟و علی تقدیر الثانی،فهل العده عده الطلاق أو عده الوفاه؟أقوال:

فذهب الشیخان إلی الأول،و به قال ابن البراج و ابن إدریس،و هو الذی صرح به العلامه فی القواعد و الإرشاد و المحقق فی کتابیه،و علی هذا القول تدل موثقه سماعه.

و قیل بالثانی و أن العده عده الوفاه،و هو مذهب الصدوق فی المقنع و ابن حمزه.

قال فی المقنع:إذا امتنع الولی أن یطلق أجبره الوالی علی أن یطلقها،فیصیر طلاق الولی طلاق الزوج،فإن لم یکن له ولی طلقها السلطان،و اعتدت أربعه أشهر و عشره أیام.و نحوه کلام ابن حمزه (۱)و اختاره العلامه فی المختلف.

و یدل علی طلاق الولی أکثر الأخبار المذکوره و علی طلاق الوالی روایه أبی الصباح و المرسله المنقوله عن الفقیه،و علی کون العده فی هذه الصوره عده الوفاه المرسله المذکوره.

و قیل:بأن العده فی هذه الصوره إنما هی عده الطلاق،و هو ظاهر أکثر الأخبار المذکوره،و إلیه یمیل کلام السید السند فی شرح النافع و قبله جده -رحمه الله علیه-فی المسالک.

و یظهر من هذه الأخبار أن العده عده الطلاق،إلا أن القائلین بالطلاق صرحوا بأن العده عده الوفاه،و لا یخلو من إشکال،و روایه سماعه الداله علیها

۱- ۱) حیث قال:و ان لم تجد له خبر موت و لا حیاه أمر الحاکم بعد انقضاء أربع سنین ولی الغائب بتطلیقها،فان لم یکن له ولی طلقها الحاکم،فان طلقها اعتدت منه عده الوفاه،انتهی.(منه-قدس سره-).

موقوفه ضعيفه السند،انتهی.

و قال ابن الجنید:و إن لم یأت خبره بعد أربع سنین و کان له ولی أحضره السلطان و أمره بالنفقه علیها من مال المفقود أو من مال ولیه،فإن أنفق و إلا أمر السلطان بأن یطلق،فإن طلقها وقع طلاقه موقع طلاق زوجها،و إن لم یطلق أمرها والی المسلمین أن تعتد،فإذا خرجت من العده حلت للأزواج.

و ظاهر هذه العباره أنه مع تعذر الطلاق من الولی فإن الوالی یأمرها بالاعتداد من غیر طلاق،و إن العده حینئذ عده الوفاه،و أما فی صوره طلاق الولی فإنها مجمله بالنسبه إلی العده،و حینئذ یکون هذا قولا رابعا فی المسأله. (۱)

و أنت خبیر بأن القول الأول و إن دلت علیه موثقه سماعه إلا أنها معارضه بما هو أکثر عددا و أصح سندا مما یدل علی الطلاق من الولی ثم مع تعذره من الحاکم الشرعی،و الجمع بین أخبار المسأله فیما ذکرناه لا یخلو من الاشکال.

قال بعض مشایخنا المحققین من متأخری المتأخرین (۲)یمکن الجمع بین الأخبار بتخیر الإمام أو الحاکم بین أمرها بعده الوفاه بدون طلاق و بین أمر الولی بالطلاق فتعتد عده الطلاق،أو حمل أخبار الطلاق علی ما إذا کان له ولی، و أخبار عده الوفاه مع عدمه،انتهی.

أقول:ینافی الحمل الثانی ما دلت علیه روایه أبی الصباح الکنانی و مرسله الفقیه لدلالتهما علی أنه مع عدم الولی یطلقها الولی أو السلطان،لا أنها تعتد عده

۱- ۱) لان القول الأول انما هو أمر الحاکم بالاعتداد من أول الأمر،و القول الثانی انما هو طلاق الولی أولا،و مع تعذره فطلاق الحاکم ثم الاعتداد،و هذا القول تضمن أنه مع تعذر طلاق الولی فإنه یأمر الحاکم بالاعتداد من غیر طلاق،و مغایرته لهما ظاهره. (منه-قدس سره-).

۲- ۲) هو شیخنا المجلسی المولی محمد باقر-قدس سره-فی حواشیه علی کتب الاخبار. (منه-رحمه الله-).

الوفاه کما ذکره.

و یمکن أن یقال-و الله سبحانه و قائل هذه الأخبار أعلم بحقیقه الحال-:

إن المستفاد من هذه الأخبار بعد ضم مطلقها إلی مقیدها و مجملها إلی مبینها أنه یطلقها الولی،و مع عدمه فالحاکم،و تعتد عده الوفاه.

و توضیحه أن غایه ما تدل علیه موثقه سماعه أنه بعد تحقق انقطاع خبره یأتی الإمام فیأمرها بالاعتداد عده الوفاه،و هی بالنسبه إلی الطلاق و عدمه مطلقه، فیجب حملها علی ما دلت علیه موثقه سماعه من عده الوفاه. (1)و سند ما ذکرنا مرسله الصدوق حیث تضمنت عده الوفاه بعد الطلاق من الولی أو الوالی،و لا ینافی ذلک جواز المراجعه فی العده لو قدم و هی فی العده،لأن هذه العده عده طلاق من جهه،و عده وفاه من جهه.

و أما روایه السکونی-فضعفها و معارضتها بما ذکرناه من أخبار المسأله بمنع القول بها،مؤیدا ذلک بعمل الطائفه علی خلاف ما دلت علیه-فهی مردوده إلی قائلها علیه السلام،و لا یحضرنی الآن مذهب العامه،و حملها علی التقیه غیر بعید.

الثانیه [فی أنه لا یقع الطلاق أو الأمر بالاعتداد إلا بعد الفحص عنه]

ظاهر کلام الأصحاب الاتفاق علی أنه لا یقع الطلاق أو الأمر بالاعتداد إلا بعد الفحص عنه،بأن ترفع أمرها إلی الحاکم فیؤجلها أربع سنین من حین رفع أمرها إلیه،و یفحص عنه فی تلک الأربع سنین،فإن لم یعرف خبره أمر الولی بالطلاق أو أمرها بالاعتداد.

۱- ۱) و لا منافاه بین الطلاق و الاعتداد بعده الوفاه فی هذا المقام لقیام احتمال الموت فالواجب طلاقها،و العده من الطلاق تندرج تحت عده الوفاه،فیکون الاحتیاط فی الاعتداد بعده الوفاه. قال فی المختلف بعد ذکر موثقه سماعه:و لا حجه فیها،فإن الأمر بالاعتداد لا ینافی الطلاق،و عده الوفاه جعلت احتیاطا للظن بالموت و لا منافاه حینئذ،انتهی.(منه-قدس سره-).

قال فی القواعد«و لو لم ترفع خبرها إلی الحاکم فلا عده حتی یضرب لها المده ثم تعتد و لو صبرت مائه سنه،و ابتداء المده من رفع القصه إلی الحاکم و ثبوت الحال عنده لا ـ من وقت انقطاع الخبر»و فی انطباق الأخبار علی ما ذکروه إشکال فإن المفهوم منها بعد ضم بعضها إلی بعض أن الأربع سنین المضروبه أعم من أن یکون من حین الفقد و انقطاع الخبر،أو رفع الأمر إلی الحاکم،و أن الفحص أعم من أن یکون فی الأربع أو قبلها أو بعدها من الولی أو الوالی أو غیرهما.

أما صحیحه الحلبی أو حسنته فإنها دلت علی أنه«إذا مضی له أربع سنین بعث الوالی أو یکتب»و هی ظاهره فی کون الأربع من حین الفقد،و أنه لم یقع الفحص فی الأربع،و إنما وقع بعدها،و هی بحسب ظاهرها لا تنطبق علی کلامهم، و طریق الجمع بینها و بین ما بعدها من الأخبار أن یکون مبدأ الأربع من حین الفقد،إلا أنه لما لم یقع الفحص فیها وجب أن یکون بعدها.

و أما صحیحه برید فإنها ظاهره فیما ذکروه و کذا موثقه سماعه،فإنهما قد تضمنتا رفع الأمر الحاکم،و أنه یأمرها بالتربص أربع سنین ثم یطلب فیها،و أن مبدأ الأربع هو الرفع إلی الحاکم،إلا أن باب الاحتمال غیر مغلق.

و أما روایه أبی الصباح الکنانی فإنها ظاهره فیما دلت علیه صحیحه الحلبی من أن الأربع مبدؤها من حین الفقد،و أن الرفع إلی الحاکم إنما وقع بعد الأربع،و هی خالیه من ذکر الفحص عنه،فیجب تقییدها بذلک حسبما تضمنته صحیحه الحلبی بأن یفحص عنه بعد الأربع أو فی أثنائها،ثم مع عدم معرفه خبره یجبر الولی علی أن یطلقها ثم السلطان مع عدمه.

و الظاهر أن الوجه فی الجمع بین هذه الأخبار هو أنه إن لم ترفع أمرها إلی الحاکم إلا بعد مضی الأربع من حین الفقد فإنه یفحص عنه حتی یعلم أمره و أنه مع ظهور فقده و عدم العلم بحیاته یجری علیه الحکم المذکور من غیر تقیید بمده،و إن رفعت أمرها من أول الأمر قبل مضی الأربع من حین الفقد

أو فی أثنائها فإنه یجب علیها التربص مده الأربع أو تمامها و الفحص فی تلک المده ثم إجراء الحکم المذکور.

الثالثه [فی ما لو تعذر البحث من الحاکم إما لعدمه أو لقصور یده]

قال فی المسالک:لو تعذر البحث من الحاکم إما لعدمه أو لقصور یده تعین علیها الصبر إلی أن یحکم بموته شرعا أو یظهر حاله بوجه من الوجوه لأصاله بقاء الزوجیه،و علیه یحمل ما روی

عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم (۱)

«امرأه المفقود امرأته حتی یأتیها یقین موته أو طلاقه».

و عن علی علیه السلام (۲)

«أنه قال:هذه امرأه ابتلیت فلتصبر». و من العامه من أوجب ذلک مطلقا عملا بهاتین الروایتین.

أقول:لا یخفی ما فیه من الاشکال و الداء العضال و الضرر المنفی بالآیه و الروایه الواردتین فی أمثال هذا المجال،و بهما استدلوا فی غیر حکم من الأحکام،و خصصوا بهما ما کان ثمه من دلیل مطلق و عام،و لا ریب أن کلامه-رحمه الله علیه-هذا مبنی علی ظاهر ما اتفقت علیه کلمتهم من توقف الطلاق أو الاعتداد علی رفع الأمر إلی الحاکم الشرعی،کما سمعت من عباره العلامه فی القواعد من أنه لو مضت مائه سنه و لم ترفع أمرها إلی الحاکم فلا طلاق و لا عده بل تبقی علی حکم الزوجیه و أن الفحص ضمن الأربع سنین لا بد أن یکون من الحاکم،و فی الحکم بتعینه من الأخبار المذکوره نظر لما عرفت آنفا من أن بعضها و إن دل علی الرفع إلی الحاکم إلا أن البعض الآخر خال من ذلک،و أن الفحص المأمور به لا یتعین کونه من الحاکم بل یکفی لو کان من الولی أو غیره.

و یؤید ما فهمناه من هذه الأخبار ما صرح به المحدث الکاشانی فی الوافی حیث قال-بعد نقل أخبار المسأله المذکوره حسبما نقلناه-و إن أردت أن یتضح لک ما تضمنته هذه الأخبار بحیث تتلاءم و تتطابق فاستمع لما یتلی علیک،فنقول و بالله التوفیق:إذا فقد الرجل بحیث لم یوجد له خبر أصلا،فإن مضی علیه من حین

۱- ۱) سنن البیهقی ج ۷ ص ۴۴۵ مع اختلاف یسیر.

۲- ۲) سنن البیهقی ج ۷ ص ۴۴۵ مع اختلاف یسیر.

فقد خبره أربع سنين و لم يوجد من أنفق على امرأته بعد ذلك و لم تصبر هى على ذلك اجبر وليه على طلاقها بعد تحقق الفحص عنه،سواء وقع الفحص قبل مضى الأربع أو بعده،و سواء وقع من الولى أو الوالى أو غيرهما،و عدتها عده الوفاه.

إلى آخر كلامه-رحمه الله عليه.

و هو كما ترى ظاهر فى ترتب الحكم على حصول هذه الأمور من الحاكم أو غيره،و محصله أنه مع مضى أربع سنين من حين الفقد و حصول الفحص من كل من كان قبل مضى الأربع أو بعده،فإنه بعد مضى المده المذكوره يجب على الولى طلاقها أو الحاكم،و إن لم ترفع أمرها إلى الحاكم بالكليه.

و بالجمله فإنه لا ظهور فى هذه الأخبار على توقف الطلاق على رفع الأمر إلى الحاكم،و أن مبدأ الأربع التى يجب عليها التربص فيها من مبدأ الرفع، و أن الفحص إنما هو من الحاكم،كما هو ظاهر كلامهم،بل الذى يظهر منها إنما هو وجوب التربص أربع سنين،رفعت أمرها إليه قبل الأربع أم لم ترفع، و أن مبدأ الأربع من حين الفقد،و لا ينافيه قوله فى صحيح بريد«أجلها أربع سنين»و كذا موثقه سماعه لإمكان حملهما على أن ذلك كان مبدأ الفقد،أو أن المراد تمام الأربع لو علم الفقد سابقا قبل الرفع،جمعا بينهما و بين صحيحه الحلبى الظاهره فى أن مبدأ الأربع من حين الفقد،و كذا روايه أبى الصباح،و أنه يجب الفحص عنه من كل من كان فى الأربع أو بعدها،فإنه بعد تحقق الفقد يجب على الولى أو الوالى مع عدم الولى طلاقها،و ذكر الرفع فى صحيحه بريد و موثقه سماعه إنما خرج مخرج التمثيل لا الحصر،و أصل الحكم إنما يدور و يبنى على مضى الأربع سنين مع حصول الفحص كيف كان.

هذا ما أدى إليه الفهم القاصر من هذه الأخبار،و إن كان الاحتياط فيما صاروا إليه،و متى ثبت أن الحكم لا اختصاص له بالحاكم كما ذكرناه،فلا إشكال فى أنه مع فقده أو قصور يده فإنه لا ينتفى الحكم المذكور،بل يجب على عدول

المؤمنين القائمين مقامه فى تولى بعض الأمور الحسبيه القيام بذلك،و تخرج الآيات و الأخبار الداله على نفى الضرر و الحرج و الضيق فى هذا الدين شاهدا على ذلك.

و كيف كان فإن ما ذكرناه إن لم يكن أرجح فلا أقل أن يكون مساويا لما ذكروه فى الاحتمال من الأخبار.

و أما الخبران اللذان ذكرهما فالظاهر أنهما من أخبار العامه لعدم وجودهما فى أخبارنا،و بهما يظهر قرب ما احتملناه فى روايه السكونى من حملها على التقيه مضافا إلى نقل القول عنهم.

الرابعه [فى حكم من اتفق فقده فى جوف البلد و غيره]

قال فى المسالك أيضا:لا فرق فى المفقود بين من أنفق فقده فى جوف البلد أو فى السفر و فى القتال،و ما إذا انكسرت سفينه و لم يعلم حاله،لشمول النص لذلك كله و حصول المعنى،و لا يكفى دلاله القرائن على موته بدون البحث،إلا أن تنضم إليها أخبار من يتاخم قوله العلم بوفاته،فيحكم بها حينئذ من غير أن تتربص به المده المذكوره،و لا فرق حينئذ بين أن يحكم الحاكم بموته و عدمه، بل إذا ثبت ذلك عندها جاز لها التزويج و لم يجز لغيرها أن يتزوجها إلا أن يثبت عنده ذلك أيضا،و لو حكم الحاكم بها كفى فى حق الزوج بغير إشكال.

أقول:فى فهم ما ذكره من الإطلاق فى الفقد و شموله لهذه الأفراد المعدوده من النصوص نظر،فإن ظاهر الأخبار المتقدمه تخصيص الحكم بالسفر إلى قطر من الأقطار،أو مطلقا من غير معلوميه أرض مخصوصه،و أنه يكتب أو يرسل فى الفحص عنه إلى ذلك القطر أو فى الجوانب الأربعه أو بعضها مما يعلم أو يظن السفر إليه،و أما الفقد فى البلد أو فى معركه القتال أو السفينه التى انكسرت فى البحر فلا يكاد يشم له رائحه من هذه الأخبار،بل ربما كانت ظاهره فى خلافه، إذ لا يتحقق الفحص فى شىء من هذه المواضع المعدوده،و أيضا فإنه بالنسبه إلى هذه الأفراد المعدوده فلتدل القرائن الموجبه للعلم العادى على الموت،بخلاف مجرد السفر إلى بلد و فقد خبره،و الفرق بين الأمرين ظاهرين غايه الظهور لمن

أعطى التأمل حقه فى هذه السطور. (۱)

و من هنـا كان بعض مشايخنا المحققين من متأخرى المتأخرين يحكم بخروج هـذه الأفراد عن حكم المفقود المـذكور فى هـذه الأخبار.

قـال-رحمه الله-و نعم مـا قـال:إن من حصـل العلم العادى بعـدم حياته فإنه يجوز نكاح زوجته و إن لم ترفع أمرها إلى الحاكم،و مثله يـأتى أيضـا فى قسـمه الميراث،لأـن المفقود فى مثـل البحر مع كثره المترددين من السواحل المحيطه بموضع الغرق يحصـل العلم من مجارى العاده بهلاكهم كما هو واضـح،و هو أقوى من العلم بالشاهـدين.و كذا المفقود فى المفاوز (۲)فى شده الحر و البرد مع إحـاطه الأـودان بالأـطراف و لم يخبر عنه منها مع كثره المترددين.و كـذا المفقود فى المعارك العظام لا يحتاج فيه إلى التأجيـل أربع سـنوات ليفحص فيهـا عن حـاله فى الأـطراف لأـن ذلـك إنما هو فى المفقود لا كـذلك،و أما هنا فيكفى فى مثله حصول المترددين فى الأـطراف التى يظن بجـارى العـاده أنه لو كـان حيـا لكـان فيهـا و أتى بخبره المترددون،و حيث لم يأت له خبره علم هلاكه،انتهى.

و إلى هـذا أيضـا كـان الآخنـد المولى محمـد جعفر الأصـفهانى المشـهور بالكرباسـى صـاحب الحواشـى على الكفـايه و هو من فضلائنا المعاصرين،و قد زوج جمله من النساء اللاتى فقدت أزواجهن فى معركه قتال الأفغان مع عسكر شاه سلطان

۱- ۱) أقول:قـد اتفق فى زماننا من القضايا ما تحقيق هـذا المقام و يكشف عنه نقاب الاشـكال كما وقع فى طريق الهند فى غرق مراكب فارس،فان هذه منذ أربعين سـنه أو خمسين قد مضت الى يومنا هذا و لا يظهر لأحد منهم أثر بالكليه.و فى طريق مكه فى نهـب الحجـاج و قـد مضـت لـذلك مـا يقرب مـن خمسـين سـنه أو أزيـد و لـم يظهر لأحـد منهم أثر.و فى واقعه البحرين و فتح الخوارج لها قـد فقـد يوم أخذ قلعه البحرين جمع من أهل البلاد و قد مضت خمسون سـنه و لم يظهر لأحد منهم أثر بالمره،و هو أظهر ظاهر فى قتلهم أو موتهم كما لا يخفى.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) المفازه:واحده المفاوز،و سميت بذلك لأنها مهلكه.(لسان العرب).

حسين فی مفازه قرب كرمان.

و بالجمله فإن مورد الأخبار المتقدمه السفر،و أن الفقد حصل فيه فيرسل إلى الفحص عنه فی تلك الجهه أو الجهات،و ما ذكره ليس كذلك،و الاشتراك فی مجرد الفقد لا يوجب الإلحاق فإنه قياس محض،و أيضا فإن الفحص المأمور به فی الأخبار لا يتحقق فی هذه الأفراد،فإذا كان الفقد فی مفازه كطريق الحج مثلا إذا قطع على قفل الحاج جمله من المتغلبين و قتلوهم و أخذوا أموالهم فإلى من يرسل و ممن يفحص،و هكذا فی معركه القتال.

و بذلك يظهر لك ما فی دعواه شمول النص لهذه الأفراد فإنه كيف تكون شامله لها و موردها الفقد فی السفر إلى البلدان المعموره بالناس لتمكن الفحص منهم و السؤال و تحقيق الأحوال.نعم الجميع مشتركون فی المعنى و هو الفقد و عدم العلم بالحياه و الموت،و لكن مجرد ذلك لا يكفی فی ترتب الأحكام المذكوره.

الخامسه [فی أن الحكم مختص بالزوجه فلا يتعدى إلى ميراثه و لا عتق أم ولده]

قال فی المسالك أيضا:الحكم مختص بالزوجه فلا يتعدى إلى ميراثه و لا عتق أم ولده،وقوفا فيما خالف الأصل على مورده،فيتوقف ميراثه و ما يترتب على موته من عتق أم الولد و المدبر و الوصيه و غيرها إلى أن يمضی مده لا يعيش مثله إليها عاده،و سيأتی البحث فيه،و الفرق بين الزوجه و غيرها مع ما اشتهر من أن الفروج مبنيه على الاحتياط وراء النص الدال على الاختصاص دفع الضرر الحاصل على المرأه بالصبر دون غيرها من الوارث و نحوهم،و أن للمرأه الخروج من النكاح بالجب و العنه لفوات الاستمتاع،و بالإعسار بالنفقه على قول لفوات المال،فلأن يخرج هنا-و قد اجتمع الضرران-أولى،و يدل على عدم الحكم بموته أنها لو صبرت بقيت الزوجيه،فزوالها على تقدير عدمه لدفع الضرر خاصه فيقيد بمورده،انتهى.

أقول:لا يخفى مقتضى الأصل و استصحاب حكم الزوجيه و أصاله الحياه بعد

ثبوتها هو توقف جميع هذه الأمور من خروج الزوجه عن الزوجيه و قسمه الميراث و انعتاق أم الولد و نحو ذلك مما ذكره على العلم بالموت،إلا أنه قد قام الدليل كما عرفت من الروايات المتقدمه على خروج الزوجه من هذا الأصل بمجرد فقد الزوج،و إن لم يتحقق موته حسب ما عرفت من الكلام فى ذلك.

و كما خرجت الزوجه بالأخبار المذكوره خرج الميراث أيضا

بموثقه سماعه (١)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«المفقود يحبس ماله على الورثه قدر ما يطلب فى الأرض أربع سنين،فإن لم يقدر عليه قسم ماله بين الورثه».

و موثقه إسحاق بن عمار (٢)قال:

«قال لى أبو الحسن عليه السلام:المفقود يتربص بماله أربع سنين ثم يقسم». و هذه الروايه و إن كانت مطلقه بالنسبه إلى طلبه مده الأربع،إلا أنه يجب حمل إطلاقها على ما تضمنه الخبر الأول من الطلب تلك المده،و إلى هذا القول مال جمله من الأصحاب منهم الصدوق و المرتضى و أبو الصلاح.

و استوجهه فى المسالك أيضا،إلا أنه اختار فيه القول المشهور،و هو أنه ينتظر به مده لا يعيش إليها عاده،مع أنه لا دليل عليه إلا ما ذكرنا من الأصل الذى يجب الخروج عنه بالدليل،و هو هنا موجود كما عرفت،و تؤيده أخبار الزوجه المذكوره لأنه متى جاز ذلك فى الزوجه-مع أن عصمه الفروج أشد و أهم فى نظر الشارع-فليجز فى قسمه المال بطريق أولى.و أما ما ذكره فى الفرق بين الزوجه و المال فإن فيه:

(أولا)أن النص كما دل على حكم الزوجه فخرجت به عن حريم الأصل المذكور كذلك المال قد خرج بالموثقتين المذكورتين،إلا أن له أن يقول برد الموثقتين المذكورتين لضعفهما عنده،و عده الموثق فى قسم الضعيف و ترجيح الأصل

ص:۴۹۱

۱- ۱) الكافى ج ۷ ص ۱۵۵ ح ۹،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۸۵ ب ۶ ح ۹.

۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۱۵۴ ح ۵،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۸۳ ب ۶ ح ۵.

علیهما،بناء على تصلبه فی هذا الاصطلاح الذی هو إلى الفساد أقرب من الصلاح، و هو عندنا غیر مسموع کما لا یخفى على من له إلى الإنصاف أدنى رجوع.

(و ثانیا)أنه کما تکون الحکمه فی الاعتداد بعد المده دفع الضرر من الزوجه فیجوز أن تکون الحکمه أیضا فی قسمه المیراث دفع الضرر عن الوارث بعین ما قاله فی إعسار الزوج بالنفقه،و إن کان أحد الضررین و أشد،أشدیه الضرر علیها دون الوارث مقابل بمطلوبیه العصمه فی الفروج للشارع زیاده على الأموال.

و بالجمله فالأصل فی ذلک هو النص،و هذه التوجیهات تصلح لأن تکون بیانا لوجه الحکمه فیه،لا عللا مؤسسه للحکم،و حیث کان النص فیما تدعیه موجودا صح البناء علیه،و یبقى ما عدا مورد النص فی هذین الموضعین على حکم حریم الأصل کما ذکروه.

السادسه [لو أنفق علیها الولی أو الحاکم من ماله ثم تبین تقدم موته]

قال فی المسالک:لو أنفق علیها الولی أو الحاکم من ماله ثم تبین تقدم موته على الإنفاق فلا ضمان علیها و لا على المنفق للأمر به شرعا،و لأنها محبوسه لأجله،و قد کانت زوجته ظاهرا و الحکم مبنی على الظاهر.

و قال سبطه فی شرح النافع:بل نقل ذلک عنه هذا کلامه-رحمه الله علیه- و هو مشکل لظهور أن هذا التصرف وقع فی مال الغیر بغیر إذنه فینبغی أن یترتب على التصرف الضمان،و إن لم یأثم بذلک کما لو تصرف الوکیل بعد موت الموکل و لما یعلم بموته،و المسأله قویه الاشکال و إن کان المصیر إلى ما ذکره-رحمه الله علیه-غیر بعید،و الله أعلم.

أقول:الظاهر-و الله أعلم بحقائق أحکامه و نوابه القائمون بمعالم حلاله و حرامه-ضعف ما ذکره من الإشکال.

أما(أولا)فلأن الأحکام الشرعیه لا تناط بالواقع و نفس الأمر للزوم الحرج و الشارع إنما کلف بالظاهر ظهر خلافه أم لم یظهر،و إذا کان الإنفاق مأمورا به شرعا و واجبا بحسب ظاهر الشرع فکیف یترتب علیه الضمان بعد ظهور

خلافه،و من المعلوم أن امتثال الأمر الواجب بحسب ظاهر الشرع لا يتعقبه إثم و لا غرم،و إلا للزم من ذلك أنه يوجب عليه الإنفاق ثم يوجب عليه الضمان و هو لا يصدر عن الحكيم جل شأنه.

و أما(ثانيا)فإن ما اعتضد به من تصرف الوكيل بعد موت الموكل و لما يعلم موته و أنه يضمن فی هذه الحال،فإنهم و إن ذكروا ذلک إلا أنهم لم يستندوا فيه إلى دليل صريح و لا نص صحيح،و إنما استندوا فيه إلى ما يتعاطونه من الأدله الاعتباريه كما لا يخفى على من راجع كلامهم،فلا يفيد التعلق به مزيد فائده،إلا أنه قد أطلعنا على بعض النصوص الداله عليه كما تقدم فی كتاب الوكاله، و على تقديره فالحمل عليه قياس لا يوافق أصول المذهب،و بالجمله فالظاهر هو ما ذكره جده-رحمه الله عليه.

السابعه [فی لو قدم الزوج و قد خرجت من العده و تزوجت]

لا خلاف و لا إشكال فی أنه لو قدم الزوج و قد خرجت من العده و تزوجت فإنه لا سبيل له عليها،و لو جاء و هی فی العده كان أملك بها،و إنما الخلاف فيما لو جاء و قد خرجت من العده و لم تتزوج فالأكثر على أنه كالأول،و به قال الصدوق فی المقنع و ابن إدريس و ابن حمزه و ابن الجنيد و الشيخ فی المبسوط.

و نقل فی المختلف عن الشيخين أنه إن جاء و هی فی العده أو قد قضتها و لم تتزوج كان أملك بها من غير نكاح يستأنفه،بل بالعقد الأول.و تبعهما ابن البراج و هذا القول للشيخ فی الخلاف و النهايه.

و نقل فی شرح النافع و قبله جده فی المسالک عن الشيخ أنه ادعى أن بهذا القول روايه،و بذلک صرح المحقق فی النافع فقال:فيه روايتان أشهرهما أنه لا سبيل له عليها،و هذه الروايه لم نقف عليها،و قد اعترف فی المسالک و سبطه فی شرح النافع أيضا بذلک،بل نقل فی المسالک عن جماعه ممن سبقه أنهم اعترفوا بذلک،و نقل عن فخر المحققين أنه قوى هذا القول أيضا.

و للعلامه فی المختلف قول ثالث،تفصل بأن العده إن كانت من طلاق الولی

فلا سبيل للزوج عليها،و إن كانت بأمر الحاكم لها بالاعتداد من غير طلاق كان أملك بها.

أقول:و الظاهر هو القول المشهور،و عليه تدل الأخبار المتقدمه

لقوله عليه السلام فی صحیحه برید (۱)

«فإن انقضت العده قبل أن يجیء أو يراجع فقد حلت للأزواج، و لا سبيل له عليها».

و قوله عليه السلام فی موثقه سماعه (۲)

«فإن قدم زوجها بعد ما تنقضی عدتها فليس له عليها رجعه».

و أما ما فصله العلامه فی المختلف ففيه أن موثقه سماعه المشتمله على أمر الإمام لها بالاعتداد أربعه أشهر و عشرا قد تضمنت أنه متى قدم بعد انقضاء العده فليس له عليها رجعه،و كيف يدعى أنه إذا كانت العده بأمر الحاكم كان أملك بها؟ما هی إلا غفله واضحه.

الثامنه [فی أنه لا يعود حكم الزوجيه إلا بالرجعه فی الطلاق]

الظاهر من صحيحه بريد و موثقه سماعه هو أنه لو جاء و هی فی العده فإنه لا يعود حكم الزوجيه إلا بالرجعه فی الطلاق لقوله عليه السلام فی الاولى «و إن جاء زوجها من قبل أن تنقضی عدتها فبدا له أن يراجعها فهی امرأته،و هی عنده على تطليقتين»و فی الثانيه«و إن قدم هی فی عدتها أربعه أشهر و عشرا فهو أملك برجعتها»و هو مؤكد للحكم بصحه الطلاق.

و الذی يظهر من عبارات الأصحاب هو عود الزوجيه قهرا بمجيئه لقول المحقق فی كتابيه«فإن جاء فی العده فهو أملك بها»و ربما كان التفاتهم إلى أنه بمجيئه فی العده تبين بطلان الطلاق و الاعتداد لظهور حياته،فلم يصادف ذلك محلا.

و فيه أن الأحكام الشرعيه إنما تبتنی على الظاهر،ظهر خلافه أم لم يظهر

۱- ۱) الكافی ج ۶ ص ۱۴۷ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۸۹ ب ۲۳ ح ۱ و فيهما«و لا سبيل للأول عليها».
۲- ۲) الكافی ج ۶ ص ۱۴۸ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۹۰ ب ۴۴ ح ۲.

كما تقدمت الإشاره إليه،و الشارع قد أمر بالطلاق و التزويج بعد الخروج من العده بناء على حكمه بالوفاه،و ظهور حياته لا ينقض ما حكم به أولا.

نعم عباراتهم المذكوره ليست نصا فيما ذكرناه بل يحتمل حملها على ما يدل عليه الخبران المذكوران.

التاسعه [لو نكحت بعد العده ثم بان موت الزوج]

قالوا:لو نكحت بعد العده ثم بان موت الزوج كان العقد الثانى صحيحا و لا عده سواء كان موته قبل العده أو معها أو بعدها،لأن عقد الأول سقط اعتباره فى نظر الشارع فلا حكم لموته كما لا حكم لحياته،و الوجه فيما قالوه إن حكم الشارع لها بالاعتداد و البينونه قاطع للنكاح السابق،ألا ترى أنه لو ظهرت حياته و جاء و هى فى العده توقف عود الزوجيه على الرجوع فى الطلاق كما عرفت.

و أما بعد انقضاء العده و إن لم تتزوج فإنه لا رجوع له عليها بالمره،و حينئذ فما حكم به من انقطاع الحكم السابق بالبينونه لا فرق فيه بين ظهور موت الزوج أو حياته،و لا بين تبين موته قبل العده أو بعدها.

و للشافعيه قول ببطلان العده لو ظهر موته فيها أو بعدها قبل التزويج،بناء على أنه لو ظهر حينئذ كان أحق،لأن الحكم بالعده و البينونه كان مبنيا على الظاهر و مستند حكم الحاكم الاجتهاد،و قد تبين خطأه.فعليها تجديد عده الوفاه بعد بلوغها الخبر لغيرها،بل يحتمل وجوب العده ثانيا و إن نكحت لما ذكر،و سقوط حق الأول منها لو حضر و قد تزوجت لا ينفى الاعتداد منه لو مات.

و ضعفه ظاهر مما قدمناه فى سابق هذه المسأله،مؤيدا بأصاله العدم حتى يقوم دليل شرعى على ما ذكروه،و ثبوته بهذه التخريجات العليله ممنوع،فإنها لا تصلح عندنا لتأسيس الأحكام كما عرفته فى غير مقام.

العاشره [فى أنه لا نفقه على الغائب فى زمان العده]

ظاهر أكثر الأصحاب أنه لا نفقه على الغائب فى زمان العده و لو حضر قبل انقضائها.و تردد فيه المحقق فى الشرائع،و علل القول بعدم النفقه

بأن العده عده وفاه و هی لا تستتبع النفقه،و ربما علل بالنظر إلی حکم الحاکم بالفرقه.

و رد بأن حکمه بالفرقه لا یوجب سقوط النفقه،لأن حکمه بها یحصل بالطلاق الرجعی مع بقائها.

أقول:الظاهر أن هذا التعلیل إنما خرج بناء علی ما هو المشهور فی کلامهم من أمر الحاکم بالاعتداد أربعه أشهر و عشرا،و أنها عده وفاه،لا أن الحکم فیها طلاق الولی أو الوالی کما هو أحد القولین فی تلک المسأله،و حینئذ فیرجع هذا التعلیل إلی التعلیل الأول.

و وجه التردد المذکور ما ذکروا من أنها فی حکم الزوجه ما دامت فی العده،فتجب لها النفقه لو حضر قبل انقضائها،فلو لا أنها زوجته لما صح له ذلک إلا بعقد جدید،و خصوصا علی القول بأن الولی یطلقها،لأن الظاهر أن الطلاق رجعی لما ظهر من الروایات أنه یراجعها إذا حضر،و الطلاق الرجعی لا یسقط النفقه.

أقول:یمکن أن یقال بأن القول بسقوط النفقه کما علیه الأکثر مبنی علی ما هو المشهور من أن الحکم فی المفقود هو أمر الحاکم امرأته بالاعتداد عده الوفاه،و حینئذ فیکون حکمها حکم الزوجه المتوفی عنها زوجها،لیس لها نفقه،و دعوی أنها فی حکم الزوجیه علی إطلاقه ممنوع،و الحکم بجواز رجوع الزوج لها لو جاء و هی فی العده مستثنی بالنص،لأن التحقیق کما تقدمت الإشاره إلیه أن هذه العده عده وفاه من جهه و عده طلاق من جهه،و إن قلنا بالقول الآخر و هو أن الحکم فیها طلاق الولی أو الوالی فإن العده کما قدمنا ذکره أربعه أشهر و عشرا،لا عده طلاق کما ذکروه،فإنه هو الذی تجتمع علیه الأخبار.

و بالجمله فإن المسأله و إن کانت لا تخلو من الاشکال لخلوها من النص القاطع لماده القیل و القال،إلا أن الأنسب بما قدمنا تحقیقه هو ما علیه الأکثر من سقوط النفقه.

الحادیه عشر [فی ما لو مات أحد الزوجین بعد العده و التزویج بزوج آخر]

لا إشکال و لا خلاف فی أنه لو مات أحد الزوجین بعد العده و التزویج بزوج آخر فإنه لا توارث بینهما لانقطاع العصمه بینهما،و ما دلت علیه الأخبار المتقدمه من أنه لو حضر و قد تزوجت فلا سبیل له علیها،و مثله ما لو وقع الموت بعد العده و قبل التزویج علی الأشهر الأظهر،لما عرفت آنفا من أنه کالأول فی انقطاع السبیل و العصمه بینهما.

و أما علی القول الآخر من أنه لو حضر بعد انقضاء العده کان أملک بها فقد عرفت ضعفه لعدم دلیل یدل علیه،و الروایه التی ادعی و رودها بذلک لم نقف علیها.

و إنما الاشکال و الخلاف فیما لو مات أحدهما و هی فی العده،ففی ثبوت التوارث قولان:(أحدهما)العده لأن العده عده وفاه و هی تقتضی نفی الإرث.

(و ثانیهما)ثبوته،و اختاره المحقق فی الشرائع،و جعله فی المسالک هو الأقوی، قال:لبقاء حکم الزوجیه بما قد علم،و لأن العده فی حکم الرجعیه-کما عرفت، و هی لا تقطع التوارث بین الزوجین،و جعلها عده وفاه-مبنی علی الظاهر و علی وجه الاحتیاط و إلا لم تجامع الطلاق،فإذا تبین خلاف الظاهر رجع حکم الطلاق الرجعی و الزوجیه من رأس.

أقول:و المسأله کسابقتها لا تخلو من الإشکال أیضا لعدم النص،و إلا أن الأوفق بما قدمنا تحقیقه هو القول بالعدم،قوله«لبقاء حکم الزوجیه و أن العده فی حکم العده الرجعیه التی لا تقطع التوارث»ممنوع،لأن المستفاد من کونها عده وفاه ترتب أحکام عده الوفاه علیها من عدم النفقه فی العده و عدم التوارث فیها.

نعم خرج من ذلک جواز الرجوع لو جاء قبل الخروج من العده بالنص، فبقی ما عداه من أحکام عده الوفاه،و لا ینافی ذلک مجامعتها للطلاق،لأن الطلاق هنا إنما وقع احتیاطا لاحتمال الحیاه.

و بالجمله فإن ما ذکرناه إن لم یکن هو الأقرب فی المسأله فلا أقل أن یکون مساویا لما ذکروه من الاحتمال.

الثانیه عشر [لو تزوجت بعد العده و الفحص و أتت بولد یمکن إلحاقه بالثانی]

إذا تزوجت بعد العده و هی أربعه أشهر و عشر و الفحص و هو أربع سنین و أتت بولد یمکن إلحاقه بالثانی الحق به علی الأشهر الأظهر،فلو حضر الزوج الأول و ادعاه لم یلتفت إلی دعواه لأن الولد لا یبقی فی الرحم هذه المده المذکوره لیمکن إلحاقه به،و لو ادعی أنه قدم علیها فی خلال هذه المده و جامعها،و کان ما یدعیه ممکنا.

قال الشیخ:إنه یقرع بینهما،لأنها صارت فراشا لهما معا،و إن کان فراش الأول قد زال،کما لو طلقها و تزوجت ثم أتت بولد یمکن إلحاقه فإنه یقرع بینهما.کما اختاره فی تلک المسأله حسبما تقدم نقله ثمه،و المشهور أنه للثانی خاصه لأنها فراش له الآن حقیقه،و الولد له و فراش الأول قد زال، و مثله الکلام فی المسأله التی نظر بها کما تقدم ذکره.

المقام السابع:فی عده الإماء و الاستبراء

اشاره

،و قد تقدم فی الاستبراء مستوفی فی کتاب البیع فی فصل بیع الحیوان،و ربما بقی من مسائله ما لم یسبق له ذکر و سیأتی ذکره إن شاء الله فی جمله مسائل هذا المقام.إلا أنه یجب التنبیه هنا علی أمر، و إن کان قد سبقت الإشاره إلیه فی الموضع المذکور،و هو أن السید السند-رحمه الله علیه-قال فی کتاب الطلاق من شرح النافع فی تعداد من یسقط استبراؤها من الإماء ما صورته:و ثالثها أن تکون صغیره،و قد ورد بعدم وجوب استبرائها روایات منها ما رواه

الشیخ (۱)فی الصحیح عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه قال فی رجل ابتاع جاریه لم تطمث قال:إن کانت صغیره لا یتخوف علیها الحمل فلیس علیها عده و لیطأها إن شاء،و إن کانت قد بلغت و لم تطمث فإن علیها العده»الحدیث.

و فی الحسن عن ابن أبی یعفور (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام

«قال فی الجاریه التی

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۷۳ ح ۶،التهذیب ج ۸ ص ۱۷۱ ح ۱۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۹۸ ب ۳ ح ۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۱ ح ۲۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۹۸ ب ۳ ح ۳.

لم تطمث و لم تبلغ الحبل إذا اشتراها الرجل،قال:ليس عليها عده يقع عليها».

و مقتضى هاتين الروايتين و ما فى معناهما أنه لا يجب استبراء الصغيره التى لم تحمل مثلها و إن تجاوز سنها التسع،و لا يمكن حملها على ما دون التسع، للتصريح فى الروايتين بجواز وطئها من غير استبراء،و من نقص سنها عن التسع لا يجوز وطؤها إجماعا.

و بما ذكرنا صرح جدى-رحمه الله عليه-فى المسالك،فإنه قال بعد أن أورد هذه الروايات:و فى هذه الروايات المعتبره دلاله على أن الأمه التى بلغت التسع و لم تحض لا استبراء عليها،و ليس فيها ما ينافى ذلك،و هى أيضا موافقه لحكمه الاستبراء،لأن بنت العشر سنين و ما قاربها لا تحمل عاده،فلا مقتضى لاستبرائها كاليائسه،انتهى.

أقول:لا يخفى أن ما ذكره من الحمل المذكور لا يجرى فى صحيحه الحلبى المذكوره لقوله عليه السلام فيها«و إن كانت قد بلغت و لم تطمث»المقابل لقوله«إن كانت صغيره»و هو ظاهر فى أن المراد بالصغيره من لم تبلغ التسع فكيف يمكن حمل الصغيره على من بلغت التسع إذا كان لم تحمل مثلها كما ادعاه.

و قد اعترف بذلك جده فى المسالك فى هذا الموضع الذى نقل بعضه،و كلام جده و هو الذى نقله إنما هو بالنسبه إلى غير الصحيحه المذكوره كما هو صريح عبارته و إلا فإنه اعترف بعدم قبول الصحيحه المذكوره لهذا الاحتمال.بل هى عنده باقيه فى زاويه الاشكال.و ها أنا أذكر لك صوره كلام جده فى المقام و إن طال به زمام الكلام ليتضح لك ما فى كلامه-رحمه الله-من الغفله الظاهره لجمله الأنام.

قال فى كتاب الطلاق-فى عد من يسقط استبرائهن من الإماء بعد ذكر اليائسه حيث ذكرها المصنف و لم يذكر الصغيره-ما لفظه:و ما فى معناها الصغيره التى لم تبلغ المحيض و لم يذكرها معها،و ذكرها فى باب البيع،و يمكن أن

یکون وجه ترکها أن المراد منها عند الإطلاق من سنها دون تسع سنین و متی کانت کذلک فوطؤها حرام مطلقا،و غیره لا یحرم فی زمن الاستبراء لکنها مذکوره فی روایات کثیره،و فیها تصریح بجواز وطئها حینئذ بغیر استبراء،فمنها صحیحه الحلبی-ثم ساق الروایه کما قدمناه ثم قال:- و لا یمکن تنزیلها علی من تجاوز سنها التسع و لم تحض بناء علی ما هو الغالب من عدم حیضهن بعد التسع أیضا لیجمع بین جواز وطئها و عدم بلوغها الحیض،لأن هذا الحمل ینافی قوله«و إن کانت قد بلغت و لم تطمث فإن علیها العده»لأن بلوغها عند الأصحاب یحصل بالتسع.و فی صحیحه عبد الله بن أبی یعفور-ثم ساقها کما تقدم ثم قال:- و قریب منها

صحیحه عبد الرحمن بن أبی عبد الله عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« إذا قعدت عن المحیض أو لم تحض فلا عده علیها». و فی هذه الروایات المعتبره دلاله علی أن الأمه التی بلغت التسع و لم تحض لا استبراء علیها،و لیس فیها ما ینافی ذلک بخلاف روایه الحلبی،و هی أیضا موافقه لحکمه الاستبراء.إلی آخر ما تقدم فی نقل سبطه المذکور عنه،و هو صریح کما تری فی أن هذا الاحتمال إنما یجری فیما عدا صحیحه الحلبی،و العجب أنه نقل العباره المذکوره و حذف من وسطها قوله«بخلاف روایه الحلبی»و یمکن قد سقط ذلک من نسخه الکتاب الذی نقل عنه هذه العباره.

و کیف کان فإن ظاهر قوله علیه السلام فی صحیحه الحلبی«و إن کانت بلغت و لم تطمث فإن علیها العده ظاهر بل صریح فی رد الحمل الذی تکلفوه،لدلالته علی أنها بعد التسع مع عدم الطمث،فإنه یجب علیها الاستبراء المعبر عنه بالعده، و الروایه صحیحه باصطلاحهم،فکیف یمکن هذا مع القول بعدم وجوب الاستبراء علی الصغیره التی لم تحمل مثلها،و إن تجاوز سنها التسع کما ذکروه.

و تمام تحقیق الکلام فی هذا المقام و ما یتعلق بدفع هذا الاشکال قد تقدم فی

الموضع المشار إليه آنفا.إذا عرفت ذلك فاعلم أن البحث فی هذا المقام يقع فی مسائل:

[المسأله] الأولی [فی أن عده الأمه قرءان]

اشاره

لا خلاف بين الأصحاب فی أن عده الأمه قرءان،و إنما الخلاف كما تقدم ذكره فی أن القرء عباره عن الطهر أو الحيض،و قد عرفت أن الأشهر الأظهر هو الأول،و أن الأخبار الداله على الثانی محموله على التقيه،لكن ذلك بالنسبه إلى الأخبار المختلفه فی عده الزوجه الحره.

و أما الأمه فإن الذی حضرنی من الأخبار المتعلقه بها ما رواه

فی الكافی (1)فی الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر عليه السلام قال:

«عده الأمه حيضتان،و قال:

إذا لم تكن تحيض فنصف عده الحره».

و عن سليمان بن خالد (2)فی الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمه إذا طلقت ما عدتها؟قال:حيضتان أو شهران»الحديث. (3).

و عن زراره (4)فی الصحيح عن أبی جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن حر تحته أمه أو عبد تحته حره كم طلاقها؟و كم عدتها؟قال:السنه فی النساء فی الطلاق،فإن كانت حره فطلاقها ثلاثا و عدتها ثلاثه أقراء،و إن كان حر تحته أمه فطلاقها تطليقتان و عدتها قرءان».

و عن محمد بن قيس (5)فی الصحيح عن أبی جعفر عليه السلام قال:

«سمعته يقول:

طلاق العبد للأمه تطليقتان و أجلها حيضتان إن كانت تحض،و إن كانت لا تحيض

1- 1) الكافی ج 6 ص 170 ح 4،الوسائل ج 15 ص 470 ب 40 ح 3.

2- 2) الكافی ج 6 ص 170 ح 2،التهذيب ج 8 ص 153 ح 129،الوسائل ج 15 ص 470 ب 40 ح 4.

۳- ۳) أقول تمام هذه الروایه سیأتی فی مسأله عده الذمیه(منه-قدس سره-).

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۶۷ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۳۴ ح ۶۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۹ ب ۴۰ ح ۱.

۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۱۶۹ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۵۴ ح ۱۳۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۹ ب ۴۰ ح ۲.

فأجلها شهر و نصف».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۱)فی الصحیح عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام فی روایه تتضمن عده الذمیه قال:

«عدتها عده الأمه حیضتان».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۲)عن محمد بن الفضیل عن أبی الحسن علیه السلام قال:

« طلاق الأمه تطلیقتان و عدتها حیضتان فإن کانت قد قعدت عن المحیض فعدتها شهر و نصف».

و أنت خبیر بأن هذه الأخبار کلها متفقه الدلاله علی أن عدتها حیضتان و لیس الباب ما ینافیها.

و الأصحاب بناء علی ما ذکروه فی عده الحره من اختیار تفسیر القرء بالطهر جروا علیه فی هذا المکان،مع أن الفرق ظاهر لأن الأخبار بما ذکروه فی عده الحره متضافره متکاثره،مستفیضه صریحه،و ما عارضها یقصر عن معارضتها مع ظهور حمله علی التقیه.

و أما أخبار عده الأمه فهی التی نقلناها کما عرفت و هی متفقه علی الحیضتین و من ثم مال إلی العمل بهذه الأخبار السید السند فی شرح النافع فقال-بعد أن ذکر أنه قد تقدم أن القرء هو الطهر،و أن ذلک هو الأظهر للأخبار الداله علیه- ما لفظه:لکن ورد فی الأمه أخبار معتبره الإسناد داله علی أنه الحیض هنا، ثم نقل صحیحه محمد بن مسلم و صحیحه محمد بن قیس،ثم قال:و لیس لهذه الروایات معارض فیتجه العمل بها.انتهی،و تبعه فی ذلک فی الکفایه.

و المحدث الشیخ محمد بن الحسن الحر العاملی فی کتاب الوسائل تأول هذه

ص :۵۰۲

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۷۴ ضمن ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۷۸ ح ۱۲۶ و فیه«فما عدتها ان أراد المسلم أن یتزوجها؟قال:ان أسلمت بعد ما طلقها کانت عدتها عده المسلمه»، الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۷ ب ۴۵ ضمن ح ۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۳۵ ح ۶۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۰ ب ۴۰ ح ۵.

الأخبار بناء على ما هو المشهور من أن القرء بمعنى الطهر مطلقا فى عده الحره أو الأمه فقال:أقول:المراد من الحيضتين أنه لا بد من دخول الحيضه الثانيه ليتم الطهران و إن لم يتم الحيض الثانى لما مر،أو محمول على التقيه أو الاستحباب أو على عدم جواز تمكين الزوج الثانى فى الحيض الثانى.

و فيه أن ارتكاب التأويل الذى هو خلاف الظاهر فرع وجود المعارض و لا معارض هنا،و وجوده فى عده الحره لا يستلزم حمل أخبار الأمه عليه،و ما المانع من اختلاف العدتين فى ذلك إذا اقتضته الأدله.و بالجمله فالمسأله لا تخلو من شوب الاشكال،و الاحتياط فيها يقتضى العمل بأخبار الحيضتين.

[فوائد]

اشاره

إذا تقرر ذلك فاعلم أن فى المقام فوائد يحسن التنبيه عليها:

الاولى [فى أن كل عدد يؤثر فيه الرق نقصانا يكون الرقيق فيه على النصف مما عليه الحر]

من القواعد المستفاده من النصوص و المقرره فى كلام الأصحاب أن كل عدد يؤثر فيه الرق نقصانا يكون الرقيق فيه على النصف مما عليه الحر كالحدود و عدد المنكوحات و القسم بين الزوجات و العده بالأشهر من الطلاق،أو الوفاه فى إحدى الروايتين،و إنما خرجت العده بالأقراء عن هذا الضابط و كذلك الطلاق،فإن الأمه تعتد بقرءين مع أن الحره تعتد بثلاثه أقراء و تحرم بتطليقتين و تحرم الحره بالثلاث لأن القرء كالطلاق لا يتبعض ليمكن أخذ نصفه،فوجب الإكمال فيهما ببلوغ الاثنين.

أما الطلاق فظاهر،و أما القرء فلأنه عباره عن الطهر،و الطهر بين الدمين إنما يظهر نصفه إذا ظهر كله بعود الدم،فلا بد من الانتظار بعود الدم،و الاعتماد فى ذلك كله على ما دلت عليه النصوص،و هذه الوجوه صالحه لبيان الحكم فيها.

الثانيه:لا فرق فى هذه العده بين القن و المدبره و المكاتبه و أم الولد

إذا زوجها مولاها فطلقها الزوج،كل ذلك لإطلاق النصوص.و كذا لا فرق بين كونها تحت حر أو عبد كما يستفاد من صحيحه زراره المتقدمه،و فى معناها روايات أخر تقدمت،و لو وطئت بشبهه كالنكاح الفاسد و نحوه اعتدت بقرءين كما فى الطلاق عن النكاح الصحيح،و لو كانت الأمه المطلقه حاملا فعدتها وضع الحمل إجماعا.

قال فی التحریر:و یدل علیه عموم «وَ أُولاٰتُ الْأَحْمٰالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ یَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» (۱)قیل (۲)و لو ادعت الحمل فالأظهر وجوب التربص بها سنه کالحره،لأن الحمل لا یتفاوت فیه الحال بین الحره و الأمه،و فی الروایات بإطلاقها دلاله علیه،و هو جید.

قال فی المسالک:و المبعضه کالحره عندنا تغلیبا لجانب الحریه،و ظاهره دعوی الإجماع علیه،و لم أقف فیه علی نص.

الثالثه [أقل أزمان تنقضی به العده]

قیل:بناء علی أن القرء بمعنی الطهر إن أقل أزمان تنقضی به العده ثلاثه عشر یوما و لحظتان،و ذلک بأن یأتیها الدم بعد طلاقها بلحظه ثم تحیض ثلاثا ثم تطهر عشره ثم تری الدم الثانی لحظه،و هذه اللحظه داله علی انقضاء العده ثم تطهر،و هذه اللحظه الأخیره فی الحقیقه إنما هی دلیل علی انقضاء العده،فالعده حقیقه إنما هی ثلاثه عشر یوما و لحظه حسبما تقدم فی عده الحره.

قیل:و یمکن انقضاؤها بأقل من ذلک کما إذا طلقها بعد الوضع و قبل رؤیه دم النفاس بلحظه،ثم رأت دم النفاس لحظه و انقطع،ثم مضت عشره و هی طاهره، و جاءها دم الحیض،و برؤیته تنقضی عدتها،و حینئذ فالعده عشره أیام و لحظتان.

الرابعه:لو لم تحض بالکلیه أو کانت مسترابه

فعدتها شهر و نصف کما تقدم فی روایه محمد بن الفضیل،و فی صحیحه محمد بن مسلم المتقدمه أیضا إذا لم تحض فنصف عده الحره.

و روی فی التهذیب (۳)عن أبی بصیر قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن طلاق الأمه فقال:تطلیقتان-إلی أن قال:-و عده الأمه المطلقه شهر و نصف».

و عن سماعه (۴)فی الموثق قال:

«سألته عن عده الأمه المتوفی عنها زوجها

۱- ۱) سوره الطلاق-آیه ۴.

۲- ۲) القائل هو السید السند-قدس سره-فی شرح النافع.(منه-رحمه الله-).

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۵۴ ح ۱۳۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۳ ب ۴۲ ح ۶.

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۵۴ ح ۱۳۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۳ ب ۴۲ ح ۷.

فقال:عدتها شهران و خمسه أيام.و قال:عده الأمه التی لا تحیض خمسه و أربعون یوما».

و ما رواه

فی الفقیه (۱)بطریقه إلی سماعه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«عده الأمه التی لا تحیض خمسه و أربعون لیله،یعنی إذا طلقت».

و ما رواه

فی التهذیب (۲)عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«عده الأمه إذا توفی عنها زوجها شهران و خمسه أیام،و عده المطلقه التی لا تحیض شهر و نصف».

و الحکم مما لا خلاف فیه،و هذه الأخبار مثل عبارات الأصحاب قد تضمن بعضها التعبیر شهر و نصف و البعض الآخر بخمسه و أربعین یوما مطلقا.

و فصل فی المسالک تفصیلا حسنا بأنه إن قارن الطلاق الهلال اکتفی بالشهر الهلالی تم أم نقص ثم أکملته بخمسه عشر یوما،و إن طلقها فی أثناء الشهر فالعده خمسه و أربعون یوما،و قد تقدم الکلام فی المقارنه فی عده الحره.

المسأله الثانیه:إذا أعتقت الأمه ثم طلقت

فإنه یلزمها الاعتداد بعده الحره و لو أعتقت بعد الطلاق فی العده فإن کان الطلاق رجعیا فکالأول،و إن کانت بائنا أتمت عده الأمه.

أما(الأول)فظاهر لأنها بالعتق قد صارت حره فیتعلق بها ما یتعلق بالحره من الأحکام التی من جملتها ما نحن فیه،و مما یستأنس به لذلک الأخبار المتکاثره الداله علی أن عدتها من عتق سیدها لها متی أرادت التزویج بغیر السید عده الحره من الطلاق.

و منها ما رواه

فی التهذیب (۳)عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إن

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۳۵۱ ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۱ ب ۴۰ ح ۷.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۱۵۴ ح ۱۳۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۳ ب ۴۲ ح ۸ و فيهما اختلاف يسير.

۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۲۱۴ ح ۷۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱۲ ب ۱۳ ح ۲ و فيهما اختلاف يسير.

أعتق رجل جاريه ثم أراد أن يتزوجها مكانه فلا بأس و لا تعتد من مائه،و إن أرادت أن تتزوج من غيره فلها مثل عده الحره».

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن رجل أعتق ولیدته و هو حر،و قد کان یطؤها،فقال:عدتها مثل عده الحره المطلقه ثلاثه قروء».

و عن الحلبی (۲)فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت له:الرجل تکون تحته السریه فیعتقها،فقال:لا یصلح لها أن تنکح حتی تنقضی عدتها ثلاثه أشهر».

إلی غیر ذلک من الأخبار،و التقریب فیها أنه متی وجب علیها العده لعتق السید الموجب لحریتها فطلاق الأجنبی لها فی هذه الحال أولی.و بالجمله فالحکم مما لا خلاف فیه و لا إشکال یعتریه.

و أما(الثانی)فوجهه الجمع بین ما دل علی وجوب عده الطلاق فی هذه الصوره و هو ما رواه

فی الفقیه (۳)فی الصحیح عن ابن أبی عمیر عن جمیل و هشام بن سالم جمیعا عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی أمه طلقت ثم أعتقت قبل أن تنقضی عدتها،قال:تعتد بثلاث حیض،فإن مات زوجها ثم أعتقت قبل أن تنقضی عدتها فإن عدتها أربعه أشهر و عشرا».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۴)فی الصحیح عن جمیل عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی أمه کانت تحت رجل فطلقها ثم أعتقت،قال:تعتد عده الحره».

و بین ما دل علی وجوب عده الأمه،و هو ما رواه

فی الفقیه و التهذیب (۵)

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۷۲ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۵ ب ۴۳ ح ۶ و فیهما«و هو حی» مع اختلاف یسیر.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۷۱ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۴ ب ۴۳ ح ۱.
۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۳۵۲ ح ۱۴ و فیه«عن جمیل عن هشام»،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۲ ب ۵۰ ح ۱ و فیهما«فان مات عنها زوجها».
۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۳۵ ح ۶۸ و فیه«فی الأمه»،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۳ ب ۵۰ ح ۳.

۵- ۵) الفقیه ج ۳ ص ۳۵۱ ح ۸،التهذیب ج ۸ ص ۱۳۵ ح ۶۹.الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۳ ب ۵۰ ح ۴ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

فی الصحیح عن القاسم بن برید عن أبی جعفر علیه السلام قال: «إذا طلق الحر المملوکه فاعتدت بعض عدتها عنه ثم أعتقت فإنها تعتد عده المملوکه».

و سند هذا الجمع المذکور ما رواه

الشیخ (۱)فی الصحیح عن أبی أیوب الخزاز عن مهزم و هو مجهول عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی أمه تحت حر-طلقها علی طهر بغیر جماع تطلیقه،ثم أعتقت بعد ما طلقها بثلاثین یوما،فقال:إذا أعتقت قبل أن تنقضی عدتها اعتدت عده الحره من الیوم الذی طلقها،و له علیها الرجعه قبل انقضاء العده،فإن طلقها تطلیقتین واحده بعد واحده ثم أعتقت قبل عدتها فلا رجعه له علیها،و عدتها عده الأمه».

المسأله الثالثه [فی أن عده الذمیه کالحره فی الطلاق و الوفاه]

المشهور بین الأصحاب بل قیل إنه موضع وفاق أن عده الذمیه کالحره فی الطلاق و الوفاه،و فی الشرائع نسب الحکم بکونها عده الأمه إلی روایه شاذه.و نقل فی المسالک عن العلامه أنه نقل عن بعض الأصحاب القول بما دلت علیه هذه الروایه،قال:و لم یعلم قائله.

و الذی حضرنی من الأخبار المتعلقه بهذه المسأله ما رواه

ثقه الإسلام الکافی و الشیخ فی التهذیب (۲)فی الصحیح عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن نصرانیه کانت تحت نصرانی فطلقها،هل علیها عده منه مثل عده المسلمه؟فقال:

لا،لأن أهل الکتاب ممالیک الإمام،ألا تری أنهم یؤدون الجزیه کما یؤدی العبد الضریبه إلی موالیه،قال:و من أسلم منهم فهو حر تطرح عنه الجزیه، قلت:فما عدتها إن أراد المسلم أن یتزوجها؟قال:عدتها عده الأمه حیضتان أو خمسه و أربعون یوما قبل أن تسلم،قال:قلت له:فإن أسلمت بعد ما طلقها؟قال:

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۳۵ ح ۷۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۲ ب ۵۰ ح ۲ و فیهما«و لم تنقض عدتها،فقال:إذا أعتقت قبل.».

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۷۴ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۷۸ ح ۱۲۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۷ ب ۴۵ ح ۱ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

إذا أسلمت بعد ما طلقها فإن عدتها عده المسلمه،قلت:فإن مات عنها و هی نصرانیه و هو نصرانی فأراد رجل من المسلمین أن یتزوجها؟قال:لا یتزوجها المسلم حتی تعتد من النصرانی أربعه أشهر و عشرا عده المسلمه المتوفی عنها زوجها،قلت له:کیف جعلت عدتها إذا طلقها عده الأمه،و جعلت عدتها إذا مات عنها عده الحره المسلمه،و أنت تذکر أنهم ممالیک الامام؟فقال:لیس عدتها فی الطلاق مثل عدتها إذا توفی عنها زوجها-و زاد فی الکافی-ثم قال:إن الأمه و الحره کلتاهما إذا مات عنهما زوجهما سواء فی العده،إلا أن الحره تحد و الأمه لا تحد».

و عن یعقوب السراج (1)فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن نصرانیه مات عنها زوجها و هو نصرانی،ما عدتها؟قال:عده الحره المسلمه أربعه أشهر و عشرا».

و أنت خبیر بأن الروایتین قد اشترکتا فی الدلاله علی عده الوفاه،و أنها عده الحره المسلمه،و أما عده الطلاق فلم یتعرض فی الروایه الثانیه بالمره.

و الروایه الأولی قد دلت صریحا علی أنها عده الأمه،و هذه الروایه هی التی نسبها فی الشرائع إلی الشذوذ،مع أنه لا معارض لها إلا عموم الأدله من الکتاب و السنه المتضمنه لاعتداد المطلقه بثلاثه قروء،أعم من أن تکون مسلمه أو ذمیه،و تخصیص هذه العمومات بالصحیحه المذکوره غیر عزیز مثله فی الأحکام کما نبهنا علیه فی غیر موضع مما تقدم فی الکتاب (2)و قد جروا علی هذه القاعده فی أحکام عدیده،و حینئذ لم یبق ما یتراءی من ظاهر اتفاقهم علی الحکم المذکور کما عرفت،و هو مما لا یلتفت إلیه فی مقابله الأدله و طرح الروایه

1- 1) الکافی ج 6 ص 175 ح 3،الوسائل ج 15 ص 478 ب 45 ح 2.
2- 2) منها فی کتاب النکاح فی الفصل الأول فی العقد فی مسأله التمتع بالأمه إذا کانت لامرأته بدون اذنها[الحدائق ج 23 ص 277 المسأله الثانیه عشر]،و نبهنا فی کتاب الوصایا فی المطلب الثانی فی الموصی[الحدائق ج 22 ص 407 المقصد الثانی فی الموصی]. (منه-قدس سره-).

المذكوره و صحتها و صراحتها،و إمكان تخصيص عموم تلك الأدله بها غير معقول و لا مقبول.

و بالجمله فالمسأله لما عرفت غير خاليه من شوب الاشكال،و بذلك صرح أيضا السيد السند فی شرح النافع فقال:و المسأله محل تردد،و لا ريب أن اعتدادها عده المسلمه طريق الاحتياط،و هو جيد.

قال فی المسالك:و حملت الروايه على أنها مملوكه إذ لم ينص على أنها حره.

أقول فيه:إن ظاهر قوله عليه السلام فی تعليل نفی عده المسلمه عنها«لأن أهل الكتاب مماليك الامام»هو كونها حره كما لا يخفى على ذی الذوق السليم و الفهم القويم.و إن الظاهر أن مراده عليه السلام أن وجوب عده الأمه عليها و إن كانت حره و عده الحره ثلاثه قروء أن أهل الكتاب كملا لما كانوا مماليك الامام لحقها عده المملوكه من هذه الجهه،و لو كانت مملوكه بالمعنى الذی ذكره لم يظهر لهذا التعليل وجه بالكليه،بل كان الأنسب التعليل بكونها مملوكه كما ادعاه،و بالجمله فإنه حمل بعيد بل غير سديد.

ثم إنه قال فی المسالك:و اعلم أن فائده إلحاقها بالأمه فی الطلاق واضحه، و أما فی الوفاه فلا تظهر إلا على تقدير كون عده الأمه فيها على نصف عده الحره، و سيأتی الخلاف فيه،انتهى.

المسأله الرابعه [فی عده الأمه المتوفى عنها زوجها]

اشاره

اختلف الأصحاب لاختلاف الأخبار فی عده الأمه المتوفى عنها زوجها بأن زوجها المولى رجلا فمات عنها،مع اتفاقهم على أنها فی الطلاق على نصف عده الحره.

فقيل بأنها على النصف من عده الحره شهران و خمسه أيام،و هو قول الشيخ المفيد و تلميذه سلار و أبی الصلاح و ابن أبی عقيل من المتقدمين،و قد صرحوا بأنه لا فرق فی كونها صغيره أو كبيره مدخولا بها أم لا،و ظاهرهم أيضا أنها أعم

من أن تكون أم ولد أم لا.

و قيل بأنها عده الحره أربعه أشهر و عشره أيام،و هو قول الصدوق فى المقنع و ابن إدريس.قال فى المقنع:عده الأمه إذا توفى عنها زوجها أربعه أشهر و عشره أيام،و روى أن عدتها شهران و خمسه أيام.و ظاهر كلامه إطلاق الحكم المذكور و أنه لا فرق بين الأفراد المتقدم.و قال ابن إدريس:يجب عليها بوفاه زوجها أربعه أشهر و عشره أيام سواء كانت أم ولد لمولاها أم لا.و قد رجع شيخنا فى التبيان كما قاله فى النهايه.

و قيل بالتفصيل بين أم الولد و غيرها،و هو قول الشيخ فى النهايه و أتباعه، و الظاهر أنه المشهور بين المتأخرين و منهم المحقق و العلامه و شيخنا فى المسالك و سبطه فى شرح النافع.قال فى النهايه:إن كانت أم ولد لمولاها فعدتها مثل عده الحره أربعه أشهر و عشره أيام،و إن كانت مملوكه ليست أم ولد فعدتها شهران و خمسه أيام،و هو قول ابن البراج.

و الواجب أولا نقل ما وصل إلينا من أخبار المسأله كما هى قاعدتنا فى الكتاب،ثم الكلام فيها بما فتحه الله الكريم الوهاب.

فمنها ما رواه

الشيخ فى التهذيب (۱)عن أبى بصير قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن طلاق الأمه فقال:تطليقتان.و قال:قال أبو عبد الله عليه السلام:عده الأمه التى يتوفى عنها زوجها شهران و خمسه أيام،و عده المطلقه شهر و نصف».

و عن سماعه (۲)فى الموثق قال:

«سألته عن الأمه يتوفى عنها زوجها فقال:

عدتها شهران و خمسه أيام.و قال:عده الأمه التى لا تحيض خمسه و أربعون يوما».

و عن الحلبى (۳)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«عده الأمه إذا توفى عنها زوجها شهران و خمسه أيام،و عده المطلقه التى لا تحيض شهر و نصف».

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۱۵۴ ح ۱۳۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۳ ب ۴۲ ح ۶.
۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۱۵۴ ح ۱۳۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۳ ب ۴۲ ح ۷.
۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۱۵۴ ح ۱۳۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۳ ب ۴۲ ح ۸.

و عن محمد بن مسلم (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الأمه إذا توفی عنها زوجها فعدتها شهران و خمسه أیام».

و عن محمد بن القیس (۲)فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام

«فی حدیث قال فیه:

و إن مات عنها زوجها فأجلها نصف أجل الحره شهران و خمسه أیام».

أقول:و بهذه الأخبار أخذ القائلون بالقول الأول و هی کما تری مطلقه کما أطلقوه شامله بإطلاقها لجمله الأفراد التی تقدم ذکرها.

و منها ما تقدم فی سابق هذه المسأله من قوله علیه السلام

فی آخر صحیحه زراره بروایه الکنانی (۳)ثم قال:

إن الأمه و الحره کلتاهما إذا مات عنهما زوجهما سواء فی العده،إلا أن الحره تحد و الأمه لا تحد».

و منها قوله علیه السلام

فی صحیحه زراره (۴)و قد تقدمت،و فیها

«یا زراره کل النکاح إذا مات الزوج فعلی المرأه حره کانت أو أمه أو علی أی وجه کان النکاح منه متعه أو تزویجا أو ملک یمین فالعده أربعه أشهر و عشرا».

و ما رواه

فی الکافی (۵)عن وهب بن عبد ربه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن رجل کانت له أم ولد،فزوجها من رجل فأولدها غلاما،ثم إن الرجل مات فرجعت إلی سیدها،إله أن یطأها؟قال:تعتد من الزوج المیت أربعه أشهر و عشره أیام ثم یطؤها بالملک من غیر نکاح»الحدیث.

و ما رواه

فی الفقیه (۶)فی الصحیح عن الحسن بن محبوب عن وهب بن عبد ربه

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۵۴ ح ۱۳۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۳ ب ۴۲ ح ۹.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۵۴ ح ۱۳۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۳ ب ۴۲ ح ۱۰.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۷۴ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۷۸ ح ۱۲۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۷ ب ۴۵ ح ۱ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۵۷ ح ۱۴۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۴ ب ۵۲ ح ۲.

۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۱۷۲ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۲ ب ۴۲ ح ۳ و فیهما اختلاف یسیر.

۶- ۶) لم نعثر علیه بهذا السند فی الفقیه.

عن أبى عبد الله علیه السلام «قال سألته عن رجل كانت له أم ولد فمات ولدها منه،فزوجها من رجل فأولدها غلاما،ثم إن الرجل مات فرجعت إلى سيدها،إله أن يطأها قبل أن يتزوج بها؟قال:لا يطأها حتى تعتد من الزوج الميت أربعه أشهر و عشره أيام ثم يطؤها بالملك من غير نكاح»الحديث.

و ما رواه

فى التهذيب (۱)عن سليمان بن خالد فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«عده المملوكه المتوفى عنها زوجها أربعه أشهر و عشرا».

أقول:و بهذه الأخبار و ما هى عليه من الإطلاق أخذ القائلون بالقول الثانى و هى كما ترى ظاهره فيه سيما صحيحتى زراره الأولتين.

و منها ما رواه

فى الكافى (۲)فى الصحيح عن سليمان بن خالد قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمه إذا طلقت،ما عدتها؟فقال:حيضتان أو شهران حتى تحيض،قلت:فإن توفى عنها زوجها؟فقال:إن عليا عليه السلام قال فى أمهات الأولاد:

لا يتزوجن حتى يعتددن أربعه أشهر و عشرا و هن إماء».

أقول:و على هذه الروايه اعتمد القائلون بالقول الثالث،فحملوا الأخبار الأوله على غير ذات الولد،و الأخبار الثانيه على ذات الولد،و جعلوا هذه الصحيحه سندا للجمع المذكور.

و زاد فى المسالك و كذا سبطه فى شرح النافع على هذه الصحيحه روايه وهب بن عبد ربه المنقوله من الكافى (۳)بعد وصفها بأنها صحيحه.

و فيه(أولا)أن الروايه المذكوره رواها فى الكافى عن ابن محبوب عن وهب ابن عبد ربه كما نقله فى الوافى و فى الوسائل عن أحمد عن ابن محبوب،و على أى منهما فإن طريق الكلينى إلى كل منهما غير معلوم الصحه.

ص:۵۱۲

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۱۵۳ ح ۱۳۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۳ ب ۴۲ ح ۵.
۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۱۷۰ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۲ ب ۴۲ ح ۱.
۳- ۳) الكافى ج ۶ ص ۱۷۲ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۲ ب ۴۲ ح ۳.

(و ثانیا)أنها معارضه بروایه صاحب الفقیه (۱)و هی صحیحه،و قد تضمنت أن التزویج إنما وقع بعد موت الولد،مع أنه علیه السلام حکم بأن العده أربعه أشهر و عشرا.و من هذه الصحیحه یعلم بطلان ما ذکروه من الحمل،فإنهم إنما حملوا روایات الأربعه أشهر و عشرا علی أم الولد من حیث إطلاقها،و هذه الروایه کما تری صریحه فی أن الأمه لیست ذات ولد لأن التزویج إنما وقع بعد موت الولد مع أنه علیه السلام حکم بعده الحره فیها.

و علی هذا فیمکن أن یقال:إن ما نقل عن علی علیه السلام فی صحیحه سلیمان ابن خالد من أن حکم أمهات الأولاد ذلک لا یستلزم نفیه عن غیرهن،و غایه ما فی الباب أنه سئل عن الأمه التی توفی عنها زوجها فأجاب بأن حکم أمهات الأولاد منهن الاعتداد بما ذکروه،و دلالته علی نفی ذلک عما عداهن إنما هو بمفهوم اللقب،و هو غیر معمول علیه عندهم،و بهذا یجاب أیضا عن روایه وهب ابن عبد ربه التی استدلوا بها زیاده علی ما عرفت،فیکون هذا وجها ثالثا للوجهین المتقدمین.

و بالجمله فإن القول المذکور لا یخلو فی نظری القاصر من القصور،و لعل الأظهر إنما هو حمل أخبار أحد الطرفین علی التقیه،و قد نقل فی الوسائل احتمال حمل أخبار الشهرین و خمسه أیام علی التقیه،قال:لأنه مذهب جمع من العامه، فلیتأمل ذلک حق التأمل،فإن المسأله محل إشکال.و الحق تصادم الأخبار المذکوره،و عدم قبولها لهذا الجمع الذی ذکروه،فإنه ناش عن عدم إعطاء التأمل حقه فی المقام.

هذا کله إذا لم تکن حاملا،و إلا اعتدت بأبعد الأجلین من وضع الحمل و العده المعتبره،قال فی المسالک:و هو موضع وفاق.

۱- ۱) لم نعثر علیها فی الفقیه.

تنبیه

مما یتفرع علی الخلاف المذکور أنهم قالوا-بناء علی القول بالتفصیل من أن أم الولد تعتد مع موت الزوج عده الحره،و غیرها عده الأمه-:لو مات الزوج عن أم الولد فی أثناء عدتها الرجعیه استأنفت عده الحره فی الوفاه لأنها بمنزله زوجه الحره لو مات عنها زوجها فی العده الرجعیه،و لو لم تکن ذات ولد و قد مات و هی فی عدته الرجعیه استأنفت عده الوفاه المقرره علی الأمه کما لو مات و هی فی عصمته،هذا إذا کانت العده رجعیه،و لو کان الطلاق بائنا أتمت عده الطلاق خاصه کالحره إذا مات زوجها و هی فی العده البائنه،فإنه لا یجب علیها الاستئناف کالأولی لانقطاع العصمه بینهما،و هو ظاهر.

المسأله الخامسه [حکم الأمه المزوجه و الموطوءه للمولی]

إذا مات المولی و أمته مزوجه فلا عده علیها من موته إجماعا کما نقله فی المسالک،و أما إذا لم تکن مزوجه فهل تعتد من موت مولاها عده الحره أربعه أشهر و عشرا؟أم لا عده علیها،بل یکفی استبراؤها لمن انتقلت إلیه إذا أراد وطؤها؟قولان،المشهور:الأول.

قال فی المسالک:و هو قول جماعه منهم الشیخ و أبو الصلاح و ابن حمزه و العلامه فی موضع من التحریر و الشهید فی اللمعه.

أقول:ظاهره فی المسالک أنه لا فرق هنا بین أم الولد و غیرها،مع أنه قال فی المختلف:قال أبو الصلاح:عده أم الولد لو مات سیدها أربعه أشهر و عشره أیام.و هو ظاهر کلام ابن حمزه،و هو کما تری ظاهر فی تخصیص الحکم بأم الولد لا مطلقا،و هو ظاهر کلامه.و أما الشهید فی اللمعه فإنه قال:و تعتد أم الولد من وفاه زوجها أو سیدها عده الحره.و هو أیضا کما تری ظاهر فی التخصیص بأم الولد،و المراد أنها تعتد من وفاه الزوج إن کانت مزوجه و من السید إذا مات إن لم تکن مزوجه.

و ذهب ابن إدریس إلی القول الثانی،قال:لا عده علیها من موت مولاها،

لأنه لا دليل عليه من كتاب و لا سنه مقطوع بها و لا إجماع،و الأصل براءه الذمه، و هذه ليست زوجه بل باقيه على الملك و العبوديه إلى حين وفاته.قال فى المختلف:

و لا بأس بقول ابن إدريس.

ثم إن العلامه احتج بما رواه

إسحاق بن عمار (۱)فى الموثق قال:

«سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الأمه يموت سيدها،قال:تعتد عده المتوفى عنها زوجها».

ثم قال:و الجواب الحمل على ما إذا أعتقها للروايات.

و الظاهر أن استدلال العلامه بهذه الموثقه إنما هو بالنظر إلى إطلاقها، و إلا فإنه لا تصريح فيها بأم الولد.

ثم إنه فى المسالك بعد ذكر هذه المسأله كما ذكرناه قال:و لو كانت الأمه موطوءه للمولى ثم مات عنها فظاهر الأكثر هنا أنه لا عده عليها،بل تستبرئ بحيضه كغيرها من الإماء المتقدمه من مالك إلى آخر.و ذهب الشيخ فى كتابى الأخبار إلى أنها تعتد من موت المولى كالحره سواء كانت أم ولد أم لا.و استدل عليه

بروايه زراره (۲)عن أبى جعفر عليه السلام

«فى الأمه إذا غشيها سيدها ثم أعتقها فإن عدتها ثلاث حيض،فإن مات عنها زوجها فأربعه أشهر و عشره أيام». و بموثقه إسحاق بن عمار السالفه (۳)

و حسنه الحلبى (۴)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له:

يكون الرجل تحته السريه فيعتقها،فقال:لا يصلح لها أن تنكح حتى تنقضى ثلاثه أشهر،و إن توفى عنها مولاها فعدتها أربعه أشهر و عشرا».

ثم قال:و العجب مع كثره هذه الأخبار و جوده أسنادها أنه لم يوافق الشيخ

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۷۱ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۲ ب ۴۲ ح ۴.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۱۵۵ ح ۱۳۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۵ ب ۴۳ ح ۵ و فيهما اختلاف يسير.

۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۱۵۵ ح ۱۳۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۲ ب ۴۲ ح ۴.
۴- ۴) التهذيب ج ۸ ص ۱۵۶ ح ۱۳۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۴ ب ۴۳ ح ۱ و فيهما اختلاف يسير.

على مضمونها أحد،و خصوا أم الولد بالحكم مع أنه لا دليل عليها بخصوصها.

و أعجب منه تخصيصه فى المختلف الاستدلال على حكم أم الولد بموثقه إسحاق، مع أنها تدل على أن حكم الأمه الموطوءه مطلقا كذلك،و مع ذلك فغيرها من الأخبار التى ذكرناها يوافقها فى الدلاله،مع أن فيها ما هو أجود سندا،انتهى.

و أما سبطه فى شرح النافع فإنه قال-بعد تحقيق الكلام فى مسأله الأمه المتوفى عنها زوجها حسبما أوضحناه فى سابق هذه المسأله-ما ملخصه:و لم يذكر المصنف حكم الأمه الموطوءه إذا مات مولاها،و قد اختلف الأصحاب فى حكمها، فقال ابن إدريس:لا عده عليها من موت مولاها-إلى أن قال:-و نفى عنه البأس فى المختلف-ثم قال:-و قال الشيخ فى كتابى الأخبار أنها تعتد من موت المولى كالحره سواء كانت أم ولد أم لا.و استدل بما رواه فى الحسن عن الحلبى ثم أورد الروايات الثلاث التى تقدمت فى كلام جده ثم قال بعدها:و هذه الروايات معتبره الاسناد و ليس لها معارض صريحا فيتجه العمل بها،انتهى.

و أنت خبير بما وقع لهم من الاضطراب فى هذا المقام و إن تبعهم من تأخر عنهم من الأعلام.

أما كلامه فى المسالك فإنه فرض فيه مسألتين:(أولهما)فى الأمه التى مات سيدها و ليست مزوجه،و نقل عن الأكثر وجوب عده الحره عليها،و عن ابن إدريس و العلامه فى المختلف عدم العده،و ظاهره أن المراد بالأمه فيها ما هى أعم من ذات الولد و غيرها و الموطوءه و غيرها مع ما عرفت مما ذكرناه أن من وقفنا على كلامه قد خصها بذات الولد.

(و المسأله الثانيه)و هى موطوءه المالك إذا مات عنها،و هى أخص من المسأله الاولى،و نقل عنها عن الأكثر عدم وجوب العده،و عن الشيخ فى كتابى الأخبار الوجوب،و ظاهر سبطه فى شرح النافع أن خلاف ابن إدريس و العلامه فى المختلف إنما هو فى هذه المسأله،و ظاهره أن الأكثر و منهم الشيخ فى كتابى الأخبار

على وجوب العده،حيث خص الخلاف بابن إدريس-رحمه الله-و العلامه -قدس سره-خاصه.

هـذا مع ما عرفت مما أسـلفناه من عباره المختلف أن محل المسأله إنما هى أم الولـد،و الخلاف الـذى نقل عن ابن إدريس على عقب نقله عن أبى الصـلاح إنمـا هو فى أم الولـد،فـانظر إلى هـذا الاضـطراب فى كلامهم،و عـدم تعين محل النزاع،بل كل منهم يفرضه فى ماده.

و أما الروايات التى نقل فى المسالك اسـتدلال الشـيخ-رحمه الله-بها على وجوب العده على الموطوءه،و وافقه عليها و شنع على من خالفه فى ذلك و نحوه سبطه أيضا.

ففيه أن محل البحث هى الأمه الموطوءه التى مات عنها سـيدها و ظاهرها أنه مات سيدها و هى أمه،و هذه الروايات ما عدا موثقه إسـحاق بن عمـار قـد تضـمنت أنه قـد أعتقها سـيدها،فالموت إنما وقع بعـد عتقها،و لا ريب أنها بالعتق قـد خرجت عن موضوع المسأله التى هى محل البحث،و كيف يستدلون بها على هذا القول و يشنعون على من خالفهم فيه؟و مسأله وجوب العده على من أعتقها فى حياته أو بعد موته مسأله أخرى سيأتى ذكرها إن شاء الله تعالى على أثر هذه المسأله.

و كيف كـان فمع قطع النظر عما فرضوه من كون محل الخلاف مجرد الأمه التى مات عنها سـيدها و هى غير مزوجه أو أنه الأمه الموطوءه إذا مات عنها و الرجوع إلى الأخبار،فإنى لم أقف فى هذا المقام إلا على

موثقه إسحاق بن عمار (۱)المذكوره،و موردها هو

«الأمه يموت سـيدها،قال:تعتـد عـده المتوفى عنها زوجها». و إطلاق الأمه فيها شامل للموطوءه،و غير الموطوءه،أم ولـد كانت أو غيرها، و قـد عرفت مما قـدمنا نقله عن العلامه-قـدس سـره-فى المختلف أنه قيـد هذه الروايات بما إذا أعتقت قبل الموت حملا على الروايات الداله على ذلك.

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۱۵۵ ح ۱۳۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۲ ب ۴۲ ح ۴.

و فیه أن الحمل علی خلاف الظاهر فرع وجود المعارض،و هو هنا غیر موجود،و ظاهر إطلاق الموثقه المذکوره أنه بمجرد الملک و إن لم تطأ یجب علیها عده الوفاه عن سیدها مثل الزوجه الغیر المدخول بها.و لم أقف علی مصرح به منهم إلا أنه المفهوم من عموم المسأله الأولی التی فرضها فی المسالک،لأنه فرضها فیمن مات عنها سیدها و هی غیر مزوجه.

و أنت خبیر بأن أصحاب المتون لم یتعرضوا لهذه المسأله کالمحقق فی الشرائع و مختصره و العلامه فی القواعد و الإرشاد و غیرهما فی غیرهما،و إنما أشار إلیها أصحاب المطولات مع ما عرفت من الاضطراب فیه.

المسأله السادسه [حکم الأمه إذا أعتقها سیدها فی حیاته و کان یطؤها]

اشاره

المشهور بین الأصحاب أن الأمه إذا أعتقها سیدها فی حیاته و کان یطؤها فإنه لا یجوز لها التزویج بغیره إلا بعد العده بثلاثه أقراء، و إذا توفی عنها اعتدت عده الوفاه کالحره،و کذا لو دبرها فإنها تعتد بعد موته عده الوفاه.

ذکر ذلک الشیخ فی النهایه و غیره،و خالف فی ذلک ابن إدریس فقال:قد ورد حدیث بما ذکره الشیخ فإن کان مجمعا علیه فالإجماع هو الحجه،و إن لم یکن مجمعا علیه فلا دلاله علی ذلک،و الأصل براءه ذمتها من العده لأن إحداهما غیر متوفی عنها زوجها-أعنی من جعل عتقها بعد موتها فلا یلزمها عده الوفاه- و الأخری غیر مطلقه-أعنی من أعتقها فی حیاته فلا یلزمها عده المطلقه-و لزوم العده حکم شرعی یحتاج فی إثباته إلی دلیل شرعی،و لا دلاله علی ذلک من کتاب و لا سنه مقطوع بها و لا إجماع منعقد،و الأصل براءه الذمه.انتهی و هو جید علی أصله الغیر الأصیل،و قاعدته التی خالف فیها العلماء جیلا بعد جیل.

و من الأخبار الداله علی ما هو المشهور و هو المؤید المنصور ما تقدم فی سابق هذه المسأله من روایه زراره (1)و حسنه الحلبی (2)و موردهما«من غشیها سیدها ثم أعتقها

1- 1) التهذیب ج 8 ص 155 ح 137،الوسائل ج 15 ص 474 ب 43 ح 5.

2- 2) التهذیب ج 8 ص 155 ح 139،الوسائل ج 15 ص 474 ب 43 ح 1.

فإنها تعتد عده المطلقه،و إن مات قبل العده اعتدت عده الوفاه».

و ما رواه

فی الکافی (۱)فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام

«قال فی رجل کانت له أمه فوطأها ثم أعتقها،و قد حاضت عنده حیضه بعد ما وطأها،قال:تعتد بحیضتین».

قال ابن أبی عمیر فی حدیث آخر:

تعتد بثلاث حیض.

قال السید السند فی شرح النافع:و مقتضی هذه الروایه احتساب الحیضه الواقعه بعد الوطء و قبل العتق من العده،و لا أعلم بمضمونها قائلا.

و فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل یعتق سریته،أ یصلح له أن یتزوجها بغیر عده؟قال:نعم،قلت:فغیره؟قال:

لا،حتی تعتد ثلاثه أشهر»الحدیث. (۳).

و رواه

الشیخ فی التهذیب (۴)فی الصحیح عن زراره عن أبی عبد الله علیه السلام مثله إلی قوله:

ثلاثه أشهر.

و من هذا الخبر و سابقه یستفاد أنها لو لم تکن من ذوات الأقراء فإنها تعتد بالأشهر کما سیأتی التصریح به فی صحیحه داود الرقی.

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۷۱ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۵ ب ۴۳ ح ۲ و ۳.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۷۲ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۵ ب ۴۳ ح ۴.
۳- ۳) أقول:و من صحیحه الحلبی المذکوره و موثقه أبی بصیر التی بعدها یظهر بطلان الحیله التی أدعوها فی إسقاط العده حیث انهم قالوا:انه فی مثل هذه المسأله لو أعتقها ثم تزوجها فی العده حیث لا عده علیها من مائه ثم طلقها فإنه یجوز لها أن تنکح غیره بغیر عده،لأنها غیر مدخول بها و لا عده علیها من هذا الطلاق. و فیه کما تقدم تحقیقه أن الساقط انما هو عده هذا

الطلاق،و أما العده السابقه التی نشأت من العتق فهی علی ما هی،حیث ان سقوطها انما ثبت للزوج خاصه إذ لا یجب علیها الاستبراء من مائه کما ذکره فی خبر أبی بصیر،و أما غیر فلا دلیل علی سقوطها، و مجرد تزویج السید بها و طلاقه لها لا یصلح لان یکون سببا فی إسقاطها،لأن هذا مختص به خاصه،و الله العالم.(منه-قدس سره-).

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۵ ح ۳۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱۱ ب ۱۳ ح ۱.

و ما رواه

فی التهذیب (۱)فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إن أعتق رجل جاریته ثم أراد أن یتزوجها مکانه فلا بأس،و لا تعتد من مائه،و إن أرادت أن تتزوج من غیره فلها مثل عده الحره».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۲)عن داود الرقی فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی المدبره إذا مات عنها مولاها أن عدتها أربعه أشهر و عشرا من یوم یموت سیدها إذا کان سیدها یطؤها،قیل له:فالرجل یعتق مملوکته قبل موته بساعه أو بیوم، قال:فقال:هذه تعتد بثلاثه أشهر أو ثلاثه قروء من یوم أعتقها سیدها».

و أما ما رواه

فی الکافی (۳)عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن رجل أعتق ولیدته عند الموت،فقال:عدتها عده الحره المتوفی عنها زوجها أربعه أشهر و عشرا.قال:و سألته عن رجل أعتق ولیدته و هو حی و قد کان یطؤها،فقال:

عدتها عده الحره المطلقه ثلاثه قروء».

فظاهر صدرها الدلاله علی أن المعتقه تعتد عده المتوفی عنها زوجها إذا کان قبل الموت،مع استفاضه هذه الأخبار بأن عدتها عده المطلقه سواء کان صحیحا (حیا خ ل)أو فی مرض الموت،و لهذا أن الشیخ حمل صدرها علی المدبره الموصی بعتقها،کما تدل علیه روایه داود الرقی لا أنه أعتقها بالفعل.

و ما رواه

فی الکافی (۴)عن أبی بصیر قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:الرجل تکون عنده السریه له و قد ولدت منه و مات ولدها ثم یعتقها،قال:لا یحل لها أن تتزوج حتی تنقضی عدتها ثلاثه أشهر».

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۲۱۴ ح ۷۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱۲ ب ۱۳ ح ۲ و فیهما اختلاف یسیر.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۷۲ ح ۸،التهذیب ج ۸ ص ۱۵۶ ح ۱۴۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۷۵ ب ۴۳ ح ۷ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۷۲ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۵ ب ۴۳ ح ۶.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۷۲ ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۵ ب ۴۳ ح ۸.

هذه جمله ما وقفت علیه من أخبار المسأله،و کلها متفقه الدلاله واضحه المقاله علی وجوب عده الحره من الطلاق علی الأمه إذا أعتقها سیدها،و قد جعلوا علیهم السلام العتق فی هذه الحال مثل طلاق الحره فی وجوب العده المذکوره.

و أما المدبره فیدل علیها صحیح داود البرقی صریحا و صدر روایه أبی بصیر حملا.

إلحاق [فی ما لو مات زوج الأمه ثم أعتقت]

المشهور من غیر خلاف یعرف أنه لو مات زوج الأمه ثم أعتقت أتمت عده الحره تغلیبا لجانب الحریه،ذکره الشیخ و من تأخر عنه.

قال فی المسالک:و توجیهه أنها بعد العتق مأموره بإکمال عده الوفاه،و قد صارت حره فلا تکون مخاطبه بحکم الأمه فیجب علیها إکمال عده الحره نظرا إلی حالها حین الخطاب،و لا تنظر إلی ابتداء الخطاب بالعده فإنها کل یوم مخاطبه بحکمها،و هو معنی قوله«تغلیبا لجانب الحریه»،انتهی.

أقول:قد عرفت فی غیر موضع مما قدمنا أن مثل هذه التعلیلات العقلیه لا تصلح لتأسیس الأحکام الشرعیه،و الأظهر الاستدلال علی ذلک بما رواه

الصدوق (1)فی الصحیح عن جمیل و هشام بن سالم عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی أمه طلقت ثم أعتقت قبل أن تنقضی عدتها،قال:تعتد بثلاث حیض،فإن مات عنها زوجها ثم أعتقت قبل أن تنقضی فإن عدتها أربعه أشهر و عشرا».

و حینئذ فما ذکره من التوجیه یصلح لأن یکون وجها للنص المذکور و بیان الحکمه فیه،و یعضده ما دل علیه صدر الخبر و تقدم أیضا فی غیره فی المسأله الثانیه من أنه لو أعتقت و هی فی عده الطلاق لحقها حکم الحره و الاعتداد بعدتها، و بذلک یظهر صحه الحکم المذکور و أنه لا إشکال فیه.

1- 1) الفقیه ج 3 ص 352 ح 14،الوسائل ج 15 ص 482 ب 50 ح 1 و فیهما اختلاف یسیر.

المسأله السابعه:فی جمله من المواضع التی ذکر الأصحاب فیها سقوط الاستبراء

اشاره

زیاده علی ما قدمناه فی کتاب البیع و کتاب النکاح.

(منها)

لو کاتب جاریه

فإنه یحرم علیه وطؤها،لأن الکتابه تقتضی نقلها عن ملکه و إن کان متزلزلا،سواء قیل بأن الکتابه بیع للمملوک من نفسه أم عتق بشرط،و حینئذ فلو فسخت الکتابه لعجزها لم یلزمها الاستبراء لما تقرر من أن الغرض من الاستبراء الفرق بین الماءین المحترمین محافظه علی الأنساب،و الماءان هنا من واحد.و قد تقدم فی کتاب النکاح له نظائر وردت بها النصوص،و لأنه لا یحل لها التزویج بغیره زمن الکتابه کما سیأتی إن شاء الله فی محله.

(و منها)

ما لو حرمت علی السید بارتداده أو ارتدادها ثم أسلمت أو أسلم هو

فإنه لا یجب الاستبراء لما عرفت من عدم تعدد الماء،و هو الموجب للاستبراء، و لا بد من تقیید ارتداده بکونه عن مله لیمکن عود ملکها إلیه بعوده إلی الإسلام و المرتد الفطری یجب قتله عندنا،و تبین منه زوجته،و تقسم أمواله و إن قلنا بقبول توبته فیما بینه و بین الله سبحانه إلا أنها لا یوجب سقوط هذه الحقوق المذکوره فلا یمکن عودها إلیه،و هو ظاهر.

(و منها)

ما لو زوج المولی أمته ثم طلقها الزوج بعد الدخول

فإنها لا تحل للمولی إلا بعد الاعتداد من الزوج کما صرحت به الأخبار عموما و خصوصا،إلا أنه تکفی العده هنا عن الاستبراء فیدخل الأقل تحت الأکثر.أما لو طلقها الزوج قبل الدخول فإنه لا عده و لا استبراء لعدم حصول الموجب سواء کان المولی أو غیره.

(و منها)

ما لو اشتری مشرکه أو مرتده فمرت بها حیضه [ثم أسلمت]

فی تلک الحال التی هی علیها ثم أسلمت فإنه لا یجب استبراء ثان،و اعتد بما وقع حال الکفر لحصول الغرض المقصود منه،و کذا لو استبرأها و هی محرمه علیه بسبب الإحرام فأحل،و الوجه فی ذلک أنه لا یشترط فی صحه الاستبراء کون الأمه محلله للمولی لو لا الاستبراء،بل یکتفی به و إن کانت محرمه علیه بسبب آخر لحصول الغرض منه

و هو عدم اختلاف الماءين،و حينئذ فإذا زال ذلك السبب المحرم الموجود حال الاستبراء حلت للمولى بالاستبراء السابق.

المقام التاسع

اشاره

المقام التاسع (۱)فی اللواحق

،و فیه مسائل:

[المسأله] الأولی [فی أنه لا یجوز لمن طلق رجعیا أن یخرج الزوجه من بیته]

اشاره

قد صرح الأصحاب بأنه لا یجوز لمن طلق رجعیا أن یخرج الزوجه من بیته إلا أن تأتی بفاحشه،و هی أن تفعل ما یجب به الحد فیخرج لإقامته،و أدنی ما تخرج له أن تؤذی أهله،و یحرم علیها الخروج ما لم تضطر، و لو اضطرت إلی الخروج خرجت بعد انتصاف اللیل و عادت قبل الفجر.

أقول:تحقیق الحال فی تفصیل هذا الإجمال أن یقال:الظاهر أنه لا خلاف نصا و فتوی فی وجوب السکنی للمطلقه الرجعیه کما تجب لها النفقه،و الأصل فی ذلک قوله عز و جل «لاٰ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُیُوتِهِنَّ وَ لاٰ یَخْرُجْنَ إِلاّٰ أَنْ یَأْتِینَ بِفٰاحِشَهٍ مُبَیِّنَهٍ» ، (۲)و الأخبار المتکاثره و منها:

ما رواه

فی الکافی (۳)فی الصحیح عن سعد بن أبی خلف قال:

«سألت أبا الحسن موسی بن جعفر علیه السلام عن شیء من الطلاق فقال:إذا طلق الرجل امرأته طلاقا لا یملک فیه الرجعه فقد بانت منه ساعه طلقها و ملکت نفسها و لا سبیل له علیها و تعتد حیث شاءت و لا نفقه لها،قال:فقلت:أ لیس الله عز و جل یقول لاٰ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُیُوتِهِنَّ وَ لاٰ یَخْرُجْنَ ؟قال:فقال:إنما عنی بذلک التی تطلق تطلیقه بعد تطلیقه،فتلک التی لا تخرج،و لا تخرج حتی تطلق الثالثه،فإذا طلقت الثالثه فقد بانت منه و لا نفقه لها،و المرأه التی یطلقها الرجل تطلیقه ثم یدعها حتی یخلو أجلها فهذه أیضا تعتد فی منزل زوجها و لها النفقه و السکنی حتی تنقضی عدتها».

۱- ۱) و الصحیح هو المقام الثامن.

۲- ۲) سوره الطلاق-آیه ۱.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۹۰ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۶ ب ۲۰ ح ۱ و فیهما اختلاف یسیر.

و عن إسحاق بن عمار (۱)عن أبی الحسن علیه السلام قال:

«سألته عن المطلقه أین تعتد؟قال:فی بیت زوجها.

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۲)عن أبی بصیر عن أحدهما علیهما السلام

«فی المطلقه أین تعتد؟فقال:فی بیتها إذا کان طلاقا له علیها رجعه لیس له أن یخرجها،و لا لها أن تخرج حتی تنقضی عدتها».

و ما رواه

فی الکافی (۳)عن سماعه فی الموثق قال:

«سألته عن المطلقه أین تعتد؟ قال:فی بیتها لا تخرج،و إن أرادت زیاره خرجت بعد نصف اللیل و لا تخرج نهارا، و لیس لها أن تحج حتی تنقضی عدتها»الحدیث.

و عن محمد بن قیس (۴)فی الصحیح أو الحسن عن أبی جعفر علیه السلام

«قال المطلقه تعتد فی بیتها و لا ینبغی لها أن تخرج حتی تنقضی عدتها،و عدتها ثلاثه قروء أو ثلاثه أشهر إلا أن تکون تحیض».

و عن الحلبی (۵)فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا ینبغی للمطلقه أن تخرج إلا بإذن زوجها حتی تنقضی عدتها ثلاثه قروء أو ثلاثه أشهر إن لم تحض».

و عن أبی الصباح الکنانی (۶)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«تعتد المطلقه فی بیتها و لا ینبغی لزوجها إخراجها و لا تخرج هی».

أقول:إضافه البیت فی هذه الأخبار إلیها وقع تبعا للآیه،و المراد به بیت الزوج أضیف إلیها للملابسه بالسکنی قبل الطلاق.و قد اتفق الأصحاب أیضا علی أنه یحرم علیه إخراجها إلا أن تأتی بفاحشه کما صرحت به الآیه،و أنه کما

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۹۱ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۴ ب ۱۸ ح ۴.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۹۱ ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۴ ب ۱۸ ح ۶.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۹۰ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۵ ب ۱۹ ح ۱.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۹۰ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۲۲ ب ۱۲ ح ۲.

۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۸۹ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۴ ب ۱۸ ح ۱.

۶- ۶) الکافی ج ۶ ص ۹۱ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۴ ب ۱۸ ح ۵.

یحرم علیه إخراجها یحرم علیها هی الخروج أیضا،لکن اختلفوا فی أن تحریم الخروج علیها هل هو مطلقا و إن اتفقا علیه بأن أرادت الخروج و رضی الزوج بذلک؟ أو یختص بعدم رضا الزوج،فلو أجاز و أذن لها جاز؟ظاهر المشهور الأول لإطلاق الآیه و الأخبار،و دلالتهما علی تحریم الفردین المذکورین.

قال فی المسالک تفریعا علی ذلک:فلو اتفقا علی الخروج منعهما الحاکم الشرعی لأن فیه حقا لله تعالی کما أن فی العده حقا له تعالی،بخلاف السکنی المستحقه بالنکاح،فإن حقها مختص بالزوجین.

و قیل بتقیید التحریم بعدم الاتفاق،فلو أذن لها فی الخروج فخرجت جاز، نقله فی المسالک عن جماعه من الأصحاب منهم أبو الصلاح و العلامه فی التحریر.

و یدل علیه ما تقدم فی صحیحه الحلبی أو حسنته،فإنها ظاهره فی جواز الخروج مع إذنه.و علی هذا فیخص بها إطلاق الآیه و الأخبار المذکوره،قال فی المسالک:

و الأجود التحریم مطلقا عملا بظاهر الآیه.

و فیه أن الروایه المذکوره معتبره الإسناد عندهم إذ حسنها علی تقدیر عدها من الحسن إنما هو بإبراهیم بن هاشم الذی لا راد لروایته،منهم کما صرح به غیر واحد،فالواجب تخصیص إطلاق الآیه بها،و هم قد جروا علی هذه القاعده فی غیر موضع،و لهذا مال سبطه فی شرح النافع إلی ما ذکرناه فقال:و العمل بهذه الروایه متجه و إن کان المنع مطلقا أحوط،و هو جید.

[فی معنی الفاحشه المذکوره فی الآیه]

و أما الفاحشه المذکوره فی الآیه الموجبه لإخراجها فقد اختلف فیها(فقیل) هی الزنا،و المعنی إلا أن یزنین فیخرجن لإقامه الحد علیهن.(و قیل)مطلق الذنب و أدناه أن تؤذی أهله.(و قیل)المعنی أن خروج المرأه قبل انقضاء العده فاحشه فی نفسه أی لا یطلق فی الخروج الذی هو فاحشه،و قد علمنا أنه لا یطلق لهن فی الفاحشه فیکون ذلک منعا لهن عن الخروج عن أبلغ وجه.

و الذی وقفت علیه من الأخبار المتعلقه بذلک ما رواه

فی الکافی (۱)عن محمد بن علی بن جعفر قال:

«سأل المأمون الرضا علیه السلام عن قول الله عز و جل «لاٰ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لاٰ يَخْرُجْنَ إِلاّٰ أَنْ يَأْتِينَ بِفٰاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ» قال:یعنی بالفاحشه المبینه أن تؤذی أهل زوجها،فإذا فعلت ذلک فإن شاء أن یخرجها من قبل أن تنقضی عدتها فعل».

و عن علی بن إبراهیم عن أبیه عن بعض أصحابه (۲)عن الرضا علیه السلام

«فی قوله عز و جل «لاٰ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لاٰ يَخْرُجْنَ إِلاّٰ أَنْ يَأْتِينَ بِفٰاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ» قال:أذاها لأهل الرجل و سوء خلقها».

و ما رواه

فی الفقیه (۳)مرسلا قال:

«سئل الصادق علیه السلام عن قول الله عز و جل «وَ اتَّقُوا اللّٰهَ رَبَّكُمْ لاٰ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لاٰ يَخْرُجْنَ إِلاّٰ أَنْ يَأْتِينَ بِفٰاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ» قال:إلا أن تزنی فتخرج و یقام علیها الحد».

و فی کتاب مجمع البیان للطبرسی (۴)

قیل:هو البذاء علی أهلها فیحل لهم إخراجها،و هو المروی عن أبی جعفر علیه السلام و أبی عبد الله علیه السلام.

و روی علی بن أسباط (۵)عن أبی الحسن الرضا علیه السلام قال:

«الفاحشه أن تؤذی أهل زوجها و تسبهم».

و ما رواه

فی کتاب إکمال الدین و إتمام النعمه (۶)بسنده فیه عن سعد بن عبد الله القمی قال:

«قلت لصاحب الزمان صلوات الله و سلامه علیه:أخبرنی عن الفاحشه المبینه التی إذا أتت المرأه بها فی أیام عدتها حل للزوج أن یخرجها من بیته،فقال علیه السلام:الفاحشه المبینه هی السحق دون الزنا،فإن المرأه إذا زنت و أقیم علیها

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۹۷ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۹ ب ۲۳ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۹۷ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۹ ب ۲۳ ح ۱.

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۳۲۲ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۰ ب ۲۳ ح ۳.

۴- ۴) مجمع البيان ج ۱۰ ص ۳۰۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۰ ب ۲۳ ح ۵.

۵- ۵) مجمع البيان ج ۱۰ ص ۳۰۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۰ ب ۲۳ ح ۶.

۶- ۶) إكمال الدين ص ۲۵۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۰ ب ۲۳ ح ۴.

الحد ليس لمن أرادها أن يمتنع بعد ذلك من التزويج بها لأجل الحد،و إذا سحقت وجب عليها الرجم،و الرجم أخزى،و من قد أمر الله برجمه فقد أبعده،و من أبعده فليس لأحد أن يقربه».

و أكثر هذه الأخبار على تفسير الفاحشه بالأذى لأهل زوجها،و مرسله الفقيه فسرتها بالزنا،و روايه إكمال الدين بالسحق،و بذلك يظهر أن ما ذكره الأصحاب من التفسير بمطلق الذنب و أن أدناه أن تؤذى أهله لا ـ أعرف له وجها لأن الروايات صريحه فى التخصيص بأذى أهله،و ليس فى شيء منها إشاره إلى مطلق الذنب، و كذلك ما ذكره بعضهم من التفسير بمطلق ما يوجب الحد و جعل من جملته الزنا فإنه لا وجه له لاختصاص المرسله التى هى مستند ذلك بالزنا،فالتعديه إلى مطلق ما يوجب الحد على هذا القول و كذا التعديه إلى مطلق الذنب على القول الآخر لا معنى له.

بقى الإشكال فى روايه سعد بن عبد الله المرويه عن صاحب الزمان صلوات الله و سلامه عليه،فإنها قد تضمنت تفسيرها بالسحق دون الزنا،و حملها فى الوسائل على أن السحق أعظم أفراد الفاحشه المبينه جمعا بينه و بين ما مضى و يأتى.

أقول:كيف يتم هذا الحمل مع نفيه الزنا بمعنى أن الفاحشه فى الآيه لم يرد بها الزنا لقوله«السحق دون الزنا»و القدر المحكوم به فى هذه الروايات هو التفسير بأذى أهله،و فيما عداه من الزنا و السحق إشكال لتصادم الروايتين المذكورتين.

و الظاهر أنه لو لم ينفق عليها جاز لها الخروج لاكتساب المعيشه،و يدل عليه ما رواه

فى الفقيه (۱)قال:

«كتب الصفار إلى أبى محمد الحسن بن على عليهما السلام فى امرأه طلقها زوجها و لم يجر عليها النفقه للعده و هى محتاجه،هل يجوز لها أن تخرج و تبيت عن منزلها للعمل و الحاجه؟فوقع عليه السلام:لا بأس بذلك إذا علم الله

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۳۲۸ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۱ ب ۳۴ ح ۱ و نقله المصنف -رحمه الله-بالمعنى.

الصحه منها».

قال فی المسالک:و تحریم إخراجها و خروجها مشروط بحاله الاختیار، فلو اضطرت إلی الخروج جاز،و وجب کونه بعد انتصاف اللیل و تعود قبل الفجر علی ما ذکره المصنف و جماعه،و هو فی موقوفه سماعه-ثم ساق الروایه المذکوره کما قدمنا ذکره ثم قال:-و إنما یعتبر ذلک حیث تتأدی الضروره به،و إلا جاز الخروج مقدار ما تتأدی الضروره به من غیر تقیید باللیل،انتهی و هو جید.

و یدل علی الحکم الآخر ما ذکرناه من صحیحه الصفار،و الظاهر أنه لم یقف علیها،و إلا لنقلها دلیلا لما ذکره.

قالوا:و لا یلزم ذلک فی البائن و المتوفی عنها زوجها بل تبیت کل منهما حیث شاءت.

أقول:و یدل علی البائن صحیحه سعد بن أبی خلف (۱)المتقدمه،و أما المتوفی عنها زوجها فاستدل السید السند فی شرح النافع علیها بروایتی معاویه ابن عمار و سلیمان بن خالد (۲)الدالتین علی إخراج أمیر المؤمنین علیه السلام أم کلثوم من منزل عمر لما مات،و قد تقدمتا فی عده الوفاه،قال:و قد ورد فی بعض الروایات أن المتوفی عنها زوجها لا تبیت فی غیر بیتها و یجب حملها علی الکراهه جمعا بین الأدله.

و فیه أنا قد بینا فی عده الوفاه أنه لا منافاه بین الوجوب البینونه فی المنزل و جواز الخروج من منزل إلی منزل بمعنی أنه لا یجب علی مرأه الاعتداد فی منزل الزوج خاصه کالمطلقه بل لها أن تخرج إلی منزل أهلها فتعتد فیه أو منزل آخر و لو تعددت المنازل،لکن متی جلست و استقرت فی ذلک المنزل لزمها حکم الاعتداد، و من جملته عدم الخروج إلا للضروره أو قضاء الحقوق کما دلت علیه الروایات

ص :۵۲۸

۱- ۱) الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳۶ ب ۲۰ ح ۱.
۲- ۲) الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۸ و ۴۵۷ ب ۳۲ ح ۳ و ۱.

المتقدمه ثمه،فلا منافاه و لا ضروره إلى حمل تلك الأخبار على الكراهه،فإن ظاهر جمله منها مزيد التأكيد فى ذلك الدال على التحريم كأخبار إنكار الرسول صلى الله عليه و آله و سلم على النساء،و أنهن كن فى الجاهليه يلتزمن ذلك.

و بالجمله فإن الظاهر من الأخبار أن هذا من أحكام الحداد الذى لا خلاف فى وجوبه عليها،و حينئذ فيحرم عليها المبيت فى غير بيتها كما يحرم عليها الزينه،و الله العالم.

المسأله الثانيه [فى ما تستحق المطلقه الرجعيه زمن العده]

اشاره

لا خلاف فى أن المطلقه الرجعيه زمن العده تستحق النفقه و الكسوه و المسكن لأنها زوجته مسلمه كانت أو ذميه.

قالوا:أما الأمه فإن أرسلها مولاها ليلا و نهارا فلها النفقه و السكنى لوجود التمكين التام،و لو منعها ليلا أو نهارا فلا نفقه لعدم التمكين و أنه لا نفقه للبائن و لا سكنى إلا أن تكون حاملا،فلها ذلك حتى تضع.

أقول:و من الأخبار المتعلقه بهذه المسأله صحيحه سعد بن أبى خلف المتقدمه فى سابق هذه المسأله.

و ما رواه

فى الكافى و الفقيه (۱)عن زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«إن المطلقه ثلاثا ليس لها نفقه و لا سكنى على زوجها إنما ذلك للتى لزوجها عليها رجعه».

أقول:قوله«و لا سكنى»ليس فى الكافى بل فى الفقيه خاصه.

و ما رواه

فى الكافى (۲)عن عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن المطلقه ثلاثا على السنه هل لها سكنى و نفقه؟قال:لا».

و عن أبى بصير (۳)عن أبى عبد الله عليه السلام

«أنه سئل عن المطلقه ثلاثا إلها سكنى

۱ - ۱) الکـافی ج ۶ ص ۱۰۴ ح ۴،الفقیه ج ۳ ص ۳۲۴ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۲ ب ۸ ح ۲ و مـا فی الوسائـل و الکافی هکذا«المطلقه ثلاثا لیس لها نفقه علی زوجها».

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۰۴ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۳ ب ۸ ح ۵ و فیهما«أو نفقه».

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۰۴ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۳ ب ۸ ح ۶ و فیهما«و نفقه».

أو نفقه؟قال:حبلى هى؟قلت:لا،قال:لا».

و عن سماعه (۱)فى الموثق قال:

«قلت:المطلقه لها سكنى و نفقه؟فقال:

حبلى هى؟قلت:لا،قال:ليس لها سكنى و لا نفقه».

و ما رواه

فى التهذيب (۲)عن الحلبى فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام

«أنه سئل عن المطلقه ثلاثا إلها النفقه و السكنى؟قال:أ حبلى هى؟قلت:لا،قال:لا».

و عن ابن سنان (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المطلقه ثلاثا على العده إلها سكنى أو نفقه؟قال:نعم». و هذا الخبر حمله الشيخ على الاستحباب قال:و يحتمل أن يكون المراد به إذا كانت المرأه حاملا.

و ما رواه

فى الكافى (۴)عن محمد بن قيس فى الصحيح أو الحسن عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«الحامل أجلها أن تضع حملها،و عليه نفقتها بالمعروف حتى تضع حملها».

و روايه عبد الله بن سنان (۵)عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى الرجل يطلق امرأته و هى حبلى،قال:أجلها أن تضع حملها و عليه نفقتها حتى تضع».

و روايه أبى الصباح الكنانى (۶)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا طلق الرجل المرأه و هى حبلى أنفق عليها حتى تضع حملها»الحديث.

و صحيحه الحلبى أو حسنته (۷)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«الحبلى المطلقه ينفق عليها زوجها حتى تضع حملها»الحديث.

و الروايه الاولى من هذه الروايات و نحوها صحيحه سعد بن أبى خلف قد

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۰۴ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۲ ب ۸ ح ۳ و فیهما«المطلقه ثلاثا».

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۳۳ ح ۶۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۳ ب ۸ ح ۷.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۳۳ ح ۶۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۳ ب ۸ ح ۸.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۰۳ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۰ ب ۷ ح ۳.

۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۱۰۳ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۰ ب ۷ ح ۱.

۶- ۶) الکافی ج ۶ ص ۱۰۳ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۰ ب ۷ ح ۲.

۷- ۷) الکافی ج ۶ ص ۱۰۳ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳۱ ب ۷ ح ۴ و کلمه«زوجها» غیر موجوده فیهما.

تضـمنت حكم المطلقه الرجعيه الحامل،و أن لها السكنى و النفقه ما دامت فى العده.و الروايات الأخيره و هى صحيحه محمد بن قيس و ما بعدها قد تضـمنت حكم المطلقه الرجعيه الحامل و أن لها النفقه و السـكنى حتى تضع حملها.و باقى الروايات تضمنت حكم المطلقه البـائن حاملاـ كـانت أو حائلا،و أن الحائل لا نفقه لها و لا سـكنى،و أما الحامل فلها النفقه و السـكنى،و قـد تقـدم تحقيق الكلاـم فى هـذا المقام بما لا يحوم حوله نقض و لا إبرام فى المسأله الثانيه من المقصـد الخامس فى النفقات من الفصـل الخامس فيما يلحق بالنكاح و هو آخر كتاب النكاح. (۱)

قالوا:و شـرط وجوب النفقه و السكنى للمطلقه رجعيا اجتماع الشرائط المعتبره فيها حال الزوجيه من الصلاحيه للاستمتاع و تسليم نفسـها و غيره،لأن المطلقه رجعيا تبقى بحكم الزوجه،فيعتبر فيما يجب لها ما يعتبر فى الزوجه،فلو كانت صـغيره لا تتحمل الجماع لم تسـتحق النفقه فى العده كما لا تسـتحقها فى النكاح، و كذا لو طلقها و هى ناشزه لم تستحق السكنى و النفقه فى العده كما لا تسـتحقها فى صلب النكاح،و كذا لو نشزت فى العده و لو بالخروج عن مسكنها بغير إذنه تسقط نفقتها و سكناها،و لو عادت إلى الطاعه عاد الاستحقاق.

أقول:و مـا ذكروه و إن لم يرد به نص بـالخصوص إلاـ أنه الأـوفق بالقواعـد الشـرعيه لترتب ذلـك على بقـاء الزوجيه،إلاـ أن عد الصغيره منها لا يخلو من شىء فإنها لا عده عليها بعد الطلاق لعدم الدخول بها.

[فى أنه هل تثبت النفقه للحامل بوطء الشبهه]

بقى هنـا شـىء لم يتقـدم ذكره،و هو أنه لاـ ريب أن العـده تجب مع وطء الشـبهه إجماعـا نصـا و فتوى،و هل تثبت النفقه لها لو كانت حاملا؟وجهان،بل قولان مبنيان على أن النفقه على الحامل هل هى لها أو للحمل؟فقال الشيخ:

هى للحمل و حينئذ فتجب،و إن كانت الحامل غير مطلقه إذا كان الولد ملحقا بالواطئ كما هو محل البحث،فإن نفقه ولده واجبه عليه،و إن لم تكن امه زوجته.

۱- ۱) راجع ص ۱۰۸ من هذا الجزء.

و أما على القول بأنها للحامل فلا،لأن الموطوءه بالشبهه ليست زوجه يجب الإنفاق عليها،كذا قيل.

و فيه أن القائل بكونها للحامل يقول بأنها لأجل الحمل،لا أنها لها مطلقا حتى يعلل نفيها بأنها ليست زوجه على أنه قد تقدم فى الموضع المشار إليه أن المسأله موضع إشكال،لعدم النص الواضح فى هذا المجال.

و ظاهر المحقق فى الشرائع الاستشكال فى هذه المسأله-أعنى مسأله وجوب النفقه للموطوءه بالشبهه بناء على كونها للحمل من وجه آخر-و منشأ الاشكال مما تقدم من أنها بناء على القول المذكور لولده الواجب النفقه عليه،و من إمكان أن يقال:إن وجوب نفقه البائن على خلاف الأصل فيقتصر فيها على مورد النص، و هو المطلقه الحامل فلا يتعدى إلى غيرها.

و بالجمله فالتمسك بأصاله العدم أقوى مستمسك حتى يقوم دليل على الوجوب و التمسك فى ذلك بما ذكر مع كون تلك المسأله كما عرفت غير خاليه من الاشكال مما لا يمكن الاعتماد عليه فى هذه الحال.

و قد علم مما تقدم-و هو المشهور فى كلام الأصحاب و عليه دل ما تقدم من الأخبار-أن نفقه المعتده.مختصه بالرجعيه و البائن إذا كانت حاملا.

و أما المتوفى عنها زوجها،فإن كانت حائلا-فلا-نفقه لها إجماعا،و إن كانت حاملا-فلا نفقه لها أيضا فى مال المتوفى عنها إجماعا،و إنما الخلاف فى أنه يجب لها النفقه فى نصيب الولد أم لا-؟فظاهر المشهور بين المتقدمين الأول،و المشهور بين المتأخرين الثانى،و قد تقدم تحقيق الكلام فى المسأله منقحا فى الموضع المتقدم ذكره.

المسأله الثالثه [فى ما لو تزوجت فى العده]

قد صرح الأصحاب بأنه لو تزوجت فى العده لم يصح و لم تنقطع عده الأول،فإن لم يدخل فهى فى عده الأول،و إن وطأها الثانى عالما بالتحريم فالحكم كذلك،حملت أو لم تحمل،و لو كان جاهلا و لم تحمل أتمت عده الأول لأنها أسبق،و استأنفت أخرى للثانى على أشهر الروايتين.

أقول:أما عـدم صـحه العقـد عليها فى العده بائنه كانت أو رجعيه فهو مما لا خلاف فيه نصا و فتوى،علم بالحكم أو لم يعلم،و قد تقدمت الأخبار المتضافره بذلك فى كتاب النكاح.

و أما عدم انقطاع عده الأول فظاهر لعدم القاطع لها،و مجرد العقد عليها لا أثر له فى ذلك لفساده و كونه فى حكم العدم.

و أما أنه إذا وطأها الثانى و دخل بها بعد العقد عالما بالتحريم فالحكم كذلك.

يعنى أنه لا عـده،فعلل بأنه زان و لا حرمه لمائه،فتكفى بإكمال العـده الأولى سواء كانت عده طلاق أم عده وفاه أم غيرهما،و هو مبنى على ما هو المشهور بينهم، بل ربما ادعى عليه الإجماع من أنه لا عده على الزانيه لا من ماء الزانى و لا غيره، مع أنا قد قدمنا فى غير موضع (۱)ورود الأخبار بالعـده فى هـذا الموضع و هو مـذهب ابن الجنيـد أيضا،و حينئـذ فالأظهر عـدم الاكتفاء بإكمال العده الأولى كما ذكروه.

و أما أنه لو كان جاهلا و لم تحمل فإنها تتم عـده الأول ثم تسـتأنف أخرى للثانى فالوجه فى ذلك أن الدخول بها جاهلا يصـير النكاح وطء شبهه،و هو نكاح صحيح موجب للعده.

و أما عدم تداخل العدتين فعلل بأنه الأصل،و أنهما حقان مقصودان كالدين، و أسنده هنا إلى أشهر الروايتين،و أراد بهما الجنس لتعدد الروايات من الطرفين.

فمما يدل على التعدد كما هو المشهور

صحيحه الحلبى أو حسنته (۲)بإبراهيم

ص :۵۳۳

۱- ۱) منها ما فى هذا الكتاب[راجع ص ۳۹۷ من هذا الجزء]فى أول الفصل الثالث فى العدد و قبله فى كتاب النكاح[الحدائق ج ۲۳ ص ۴۹۱]فى الإلحاق المشـتمل على جمله من أحكام الزنا من المقام الثانى فى الزنا من المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهره.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۴۲۷ ح ۴،التهذيب ج ۷ ص ۳۰۶ ح ۳۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۴۶ ب ۱۷ ح ۶.

ابن هاشم عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «سألته عن المرأه الحبلی یموت زوجها فتضع و تزوج قیل أن تمضی لها أربعه أشهر و عشرا.فقال:إن کان دخل بها فرق بینهما ثم لم تحل له أبدا و اعتدت بما بقی علیها للأول و استقبلت عده اخری من الآخر ثلاثه قروء،و إن لم یکن دخل بها فرق بینهما و اعتدت بما بقی علیها من الأول و هو خاطب من الخطاب».

و موثقه محمد بن مسلم (1)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یتزوج المرأه فی عدتها،قال:إن کان دخل بها فرق بینهما و لم تحل له أبدا و اعتدت بما بقی علیها من الأول و استقبلت عده اخری من الآخر،و إن لم یکن دخل بها فرق بینهما و أتمت عدتها من الأول و کان خاطبا من الخطاب».

و روایه علی بن بشیر النبال (2)عن أبی عبد الله علیه السلام و فیها

«و إن فعلت ذلک بجهاله منها ثم قذفها بالزنا ضرب قاذفها الحد و فرق بینهما،و تعتد بما بقی من عدتها للأولی،و تعتد بعد ذلک عده کامله».

و مما یدل علی الاتحاد

صحیحه زراره (3)عن أبی جعفر علیه السلام

«فی امرأه تزوجت قبل أن تنقضی عدتها،قال:یفرق بینهما و تعتد عده واحده منهما جمیعا».

و عن أبی العباس (4)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی المرأه تزوج فی عدتها،قال:

یفرق بینهما و تعتد عده واحده منهما جمیعا».

و عن جمیل عن بعض أصحابه (5)عن أحدهما علیهما السلام

«فی المرأه تزوج فی عدتها، قال:یفرق بینهما و تعتد عده واحده منهما جمیعا»الخبر.

ص:534

1- 1) الکافی ج 5 ص 427 ح 5،التهذیب ج 7 ص 307 ح 35،الوسائل ج 14 ص 344 ب 17 ح 2 و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

2- 2) التهذیب ج 7 ص 309 ح 42،الوسائل ج 14 ص 349 ب 17 ح 18 و فیهما اختلاف یسیر.

3- 3) التهذیب ج 7 ص 308 ح 36،الوسائل ج 14 ص 347 ب 17 ح 11.

4- 4) التهذیب ج 7 ص 308 ح 38،الوسائل ج 14 ص 347 ب 17 ح 12.

۵- ۵) التهذيب ج ۷ ص ۳۰۸ ح ۴۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۴۷ ب ۱۷ ح ۱۴.

و

روایه زراره (۱)عن أبی جعفر علیه السلام

«فی امرأه فقدت زوجها أو نعی إلیها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلک فطلقها،قال:تعتد منهما جمیعا ثلاثه أشهر عده واحده و لیس للآخر أن یتزوجها أبدا».

و الظاهر من نسبه الروایه إلی الشهره أن المراد بها الشهره فی الفتوی، فإن المشهور هو التعدد کما عرفت،و إلا فالشهره فی الروایه إنما هی فی جانب الروایات الداله علی الاتحاد.

إذا عرفت ذلک فاعلم أن الشیخ فی کتابی الأخبار أجاب عن روایتی زراره و أبی العباس الدالتین علی الاتحاد بالحمل علی ما إذا لم یکن الثانی دخل بها، و هو کما تری غفله عجیبه،فإنهما قد صرحتا بأنها تعتد منهما جمیعا عده واحده، و کیف تعتد و هی غیر مدخول بها.

و جمله من المتأخرین کالسید السند فی شرح النافع حملوا أخبار التعدد علی الاستحباب،و الأظهر عندی حملها علی التقیه التی فی اختلاف الأحکام أصل کل بلیه.

و تدل علی ذلک

روایه زراره (۲)قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن امرأه نعی إلیها زوجها فاعتدت و تزوجت،فجاء زوجها الأول ففارقها و فارقها الآخر،کم تعتد للناس؟فقال:ثلاثه قروء،إنما یستبرء رحمها بثلاثه قروء و تحل للناس کلهم.قال زراره:و ذلک أن أناسا قالوا تعتد عدتین من کل واحد عده،فأبی ذلک أبو جعفر علیه السلام و قال:تعتد ثلاثه قروء و تحل للرجال».

و روایه یونس عن بعض أصحابه (۳)

«فی امرأه نعی إلیها زوجها فتزوجت ثم

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۰۸ ح ۳۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۴۱ ب ۱۶ ح ۲ و فیهما اختلاف یسیر.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۵۰ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۸ ب ۳۸ ح ۱ و فیهما اختلاف یسیر.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۵۱ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۸ ب ۳۸ ح ۲ و فیهما «ثم قدم زوجها الأول».

قدم الزوج الأول فطلقها و طلقها الآخر،قال:فقال إبراهيم النخعي:عليها أن تعتد عدتين.فحملها زراره إلى أبى جعفر عليه السلام فقال:عليها عده واحده».

و من هذين الخبرين يعلم أن الاتحاد مذهب العامه فيجب حمل أخباره على التقيه بلا إشكال.و قد تقدم هذا التحقيق فى كتاب النكاح أيضا و نحوه فى موضع آخر بعده أيضا.

هذا فيما لو كان جاهلا و لم تحمل،و أما لو حملت فيأتي-بناء على وجوب تعدد العده و عدم التداخل-التفصيل بأنه إن كان ثمه ما يدل على أنه للأول بأن وطئت للشبهه بعد الحمل اعتدت للأول أولا بوضعه،ثم تعتد للثانى بالأقراء،و إلا بالأشهر و إن كان الحمل للثانى و يعلم بوضعه لما زاد عن أكثر الحمل من وطء الأول (1)و لما بينه و بين الأول من وطء الثانى اعتدت بوضعه للثانى و أكملت عده الأول بعد ذلك، فإن كانت رجعيه كان له الرجوع فى زمن الإكمال دون زمان الحمل على الأشهر.

و ربما قيل بجواز الرجوع فى زمن الحمل أيضا لأنها لم تخرج بعد من عدته الرجعيه،لكن لا يجوز الوطء إلى أن تخرج من عده الشبهه،و لو فرض انتفاء الحمل عنهما بأن ولدته لأكثر من عده الحمل من وطء الأول و لأقل من سته أشهر من وطء الثانى لم يعتبر زمان الحمل من العده،و أكملت الأولى بعد الوضع بالأقراء أو الأشهر على حسبها،ثم اعتدت بعدها للأخير كذلك.

و لو احتمل أن يكون منهما كما لو ولدته فيما بين أقل الحمل و أقصاه بالنسبه إليهما انقضت إحدى العدتين بوضعه على كل حال و اعتدت بعد ذلك للآخر، ثم إن الحق بالأول استأنفت عده كامله للثانى بعد الوضع،و إن الحق بالثانى أكملت عده الأول،كما لو كان الحمل للثانى ابتداء.

1- 1) بأن تضعه لعشره مثلا من وطء الأول،و الحال أن أقصى الحمل تسعه أشهر كما هو الأشهر الأظهر،فإنه لا يمكن حينئذ إلحاق الولد بالأول،أو تضعه لأقل من سته أشهر من وطء الثانى،بمعنى أنه إذا اعتبر بوطء الثانى كان لسته أشهر من وطئه،و ان اعتبر بوطء الأول لأقل من سته أشهر من وطئه فإنه يجب الحكم به للثانى إذ لا يكون الولد حيا لأقل من سته أشهر.(منه-قدس سره-).

بقی الکلام فی أنه فی هذه الصوره التی یحتمل کونه منهما بمن یلحق منهما؟قولان:

(أحدهما)للشیخ و هو أنه یقرع بینهما لأنها صارت فراشا لکل منهما فی وقت إمکان حمله فأشکل أمره،و القرعه لکل أمر مشکل،و لا فرق فی ذلک بین أن یتداعیاه أم لا.

(و ثانیهما)و علیه الأکثر أنه یلحق بالثانی لأنها فراش له بالفعل و فراش الأول قد انقضی،و صاحب الفراش الثابت بالفعل حال الحمل أولی لقوله علیه السلام«الولد للفراش»و قد تقدم تحقیق القول فی هذا الحکم و ذکر الروایات الداله علی القول المشهور فی کتاب النکاح. (۱)

المسأله الرابعه [مبدأ العده فی زوجه الحاضر و الغائب من الطلاق و الوفاه]

اشاره

لا إشکال و لا خلاف فی أن زوجه الحاضر تعتد من الطلاق من حین وقوعه،و من الوفاه من حین وقوعها،و أما لو کان الزوج غائبا فالأشهر الأظهر أنها تعتد من الطلاق من حینه،و من الوفاه من یوم بلوغ الخبر،و علی ذلک تدل الأخبار المتکاثره.

و منها بالنسبه إلی الطلاق ما رواه

ثقه الإسلام (۲)فی الصحیح عن محمد بن مسلم قال:

«قال لی أبو جعفر علیه السلام:إذا طلق الرجل و هو غائب فلیشهد علی ذلک، فإذا مضی ثلاثه أقراء من ذلک الیوم فقد انقضت عدتها».

و عن الحلبی (۳)فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یطلق امرأته و هو غائب عنها،من أی یوم تعتد؟فقال:إن قامت لها بینه عدل أنها طلقت فی یوم معلوم و تیقنت فلتعتد من یوم طلقت،و إن لم تحفظ فی أی یوم و فی أی شهر فلتعتد من یوم یبلغها».

و عن زراره و محمد بن مسلم و برید بن معاویه (۴)کلهم عن أبی جعفر علیه السلام فی الصحیح أو الحسن

«أنه قال فی الغائب إذا طلق امرأته فإنها تعتد من الیوم

۱- ۱) تقدم ذلک فی المقصد الرابع فی أحکام أولاد من الفصل الخامس فیما یلحق بالنکاح.(منه-قدس سره-).راجع ص ۱۳ من هذا الجزء.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۱۱ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۳ ب ۲۶ ح ۱.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۱۰ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۴ ب ۲۶ ح ۲.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۱۰ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۴ ب ۲۶ ح ۳.

الذی طلقها».

و علی هذا النهج روایه زراره (۱)و روایه أخری له (۲)أیضا و روایه أبی الصباح الکنانی (۳).

و ما رواه

فی کتاب قرب الاسناد (۴)عن أحمد بن محمد بن عیسی عن أحمد بن محمد بن أبی نصر عن الرضا علیه السلام فی الصحیح قال:

«سأله صفوان بن یحیی و أنا حاضر عن رجل طلق امرأته و هو غائب فمضت أشهر،فقال:إذا قامت البینه أنه طلقها منذ کذا و کذا و کانت عدتها قد انقضت فقد حلت للأزواج،قال:فالمتوفی عنها زوجها؟قال:هذه لیست مثل تلک،هذه تعتد من یوم یبلغها الخبر،لأن علیها أن تحد».

و تدل علی ذلک الأخبار الداله علی أنها إذا لم تعلم بالطلاق إلا بعد انقضاء العده فلا عده علیها،و منها روایه قرب الاسناد المذکوره.

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۵)فی الصحیح عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«إذا طلق الرجل المرأه و هو غائب و لم تعلم إلا بعد ذلک بسنه أو أکثر أو أقل فإذا علمت تزوجت و لم تعتد»الحدیث.

و ما رواه

الکلینی (۶)فی الصحیح أو الحسن عن أحمد بن محمد بن أبی نصر عن أبی الحسن الرضا علیه السلام

«قال فی المطلقه إذا قامت البینه أنه قد طلقها منذ کذا و کذا فکانت عدتها قد انقضت فقد بانت».

و عن أبی بصیر (۷)عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه عن سئل عن المطلقه یطلقها زوجها فلا

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۱۱ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۴ ب ۲۶ ح ۴.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۱۱ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۴ ب ۲۶ ح ۵.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۱۱ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۴ ب ۲۶ ح ۶.

۴- ۴) قرب الاسناد ص ۱۵۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۵ ب ۲۶ ح ۷.

۵- ۵) التهذیب ج ۸ ص ۱۶۴ ح ۶۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۵ ب ۲۷ ح ۱ و فیهما اختلاف یسیر.

۶- ۶) الکافی ج ۶ ص ۱۱۱ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۵ ب ۲۷ ح ۲.

۷- ۷) الکافی ج ۶ ص ۱۱۱ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۶ ب ۲۷ ح ۳.

تعلم إلا بعد سنه،فقال:إن جاء شاهد اعدل فلا تعتد،و إلا فلتعتد من يوم يبلغها».

و أما بالنسبه إلى الوفاه فيدل على ذلک ما تقدم فی صحیحه البزنطی المرویه فی قرب الاسناد.

و ما رواه

ثقه الإسلام (۱)فی الصحیح عن محمد بن مسلم عن أحدهما علیهما السلام

«فی الرجل یموت و تحته امرأه و هو غائب،قال:تعتد من یوم یبلغها وفاته».

و عن أبی الصباح الکنانی (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام،قال:

«التی یموت عنها زوجها و هو غائب فعدتها من یوم یبلغها إن قامت لها البینه أو لم».

و عن زراره و محمد بن مسلم و برید بن معاویه (۳)فی الصحیح أو الحسن عن أبی جعفر علیه السلام

«قال فی الغائب عنها زوجها إذا توفی،قال:المتوفی عنها زوجها تعتد من یوم یأتیها الخبر لأنها تحد علیه».

و عن ابن أبی نصر (۴)فی الصحیح أو الحسن عن أبی الحسن الرضا علیه السلام قال:

« المتوفی عنها زوجها تعتد من یوم یبلغها لأنها ترید أن تحد علیه».

و عن الحسن بن زیاد (۵)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«فی المرأه إذا بلغها نعی زوجها تعتد من یوم یبلغها،إنما ترید أن تحد له».

و عن رفاعه (۶)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المتوفی عنها زوجها و هو غائب متی تعتد؟قال:یوم یبلغها»الخبر.

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۱۲ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۶ ب ۲۸ ح ۱.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۱۲ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۶ ب ۲۸ ح ۲ و فیهما«ان قامت البینه أو لم تقم».
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۱۲ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۶ ب ۲۸ ح ۳.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۱۳ ح ۷،التهذیب ج ۸ ص ۱۶۳ ح ۱۶۴ و فیهما«تعتد حین یبلغها»،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۷ ب ۲۸ ح ۴.
۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۱۱۲ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۷ ب ۲۸ ح ۵.
۶- ۶) الکافی ج ۶ ص ۱۱۲ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۷ ب ۲۸ ح ۶.

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۱)عن محمد بن مسلم فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام

«فی حدیث قال:المتوفی عنها زوجها و هو غائب تعتد من یوم یبلغها و إن کان قد مات قبل ذلک بسنه أو سنتین».

و عن محمد بن مسلم (۲)أیضا فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«إذا طلق الرجل امرأته و هو غائب عنها فلیشهد علی ذلک،و إذا مضی ثلاثه أشهر فقد انقضت عدتها،و المتوفی عنها تعتد إذا بلغها».

و ما رواه

الصدوق فی الفقیه (۳)بإسناده فی قضایا أمیر المؤمنین علیه السلام

«فی حدیث قال:و المطلقه تعتد من یوم طلقها زوجها و المتوفی عنها تعتد من یوم یبلغها الخبر،إن هذه تحد و هذه لا تحد».

و ما رواه

فی العلل (۴)عن أحمد بن محمد بن أبی نصر فی الصحیح عن الرضا علیه السلام

«فی المطلقه إن قامت البینه أنه طلقها منذ کذا و کذا،و کانت عدتها قد انقضت فقد بانت منه،و المتوفی عنها زوجها تعتد حین یبلغها الخبر لأنها ترید أن تحد له».

قال فی المسالک بعد إیراد بعض الأخبار المذکوره المتضمنه للتعلیل بالحداد ما لفظه:و فیه إشاره إلی الفرق بینهما،فإن المتوفی عنها علیها الحداد،و هو لا یحصل قبل بلوغ الخبر،بخلاف المطلقه المقصود منها براءه الرحم،و هو یحصل بمضی المده علمت بالحال أم لم تعلم.و یشکل الحکم علی هذا التعلیل فی الأمه حیث لا یوجب علیها الحداد،و أن مقتضاه مساواتها للمطلقه لعدم المقتضی لجعل

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۶۴ ح ۱۶۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۸ ب ۲۸ ح ۸ و فیهما «و لو کان قد مات».
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۶۱ ح ۱۱۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۸ ب ۲۸ ح ۱۱ و فیهما اختلاف یسیر.
۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۳۲۸ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۹ ب ۲۸ ح ۱۳ و فیهما اختلاف یسیر.
۴- ۴) علل الشرائع ص ۵۰۹ ط النجف الأشرف،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۹ ب ۲۸ ح ۱۴.

عـدتها من حين بلوغ الخبر،و يمكن القول بمساواتهـا للحره هنا نظرا إلى إطلاق كثير من الأخبار اعتـداد المتوفى عنها زوجها من حين بلوغ الخبر الشامـل لهـا و التعليـل فى الأحكـام الشـرعيه ضـبطا للقواعـد الكليه لاـ يعتبر فيه وجوده فى جميع أفرادها الجزئيه كحكمه العده و غيرها من الأحكام،و قد نبهنا على هذا البحث غير مره.انتهى و هو جيد،و قد تقدم منا فى هذا الكتاب ما يساعده و يؤيده.

إذا تقرر ذلـك فـاعلم أن فى المسـأله أقوالا زائـده على ما ذكرناه منها قول ابن الجنيـد (۱)بالتسويه بينهما فى الاعتـداد من حين الموت و الطلاق إن علمت الوقت و إلا حين يبلغها فيهما.

و يدل على هذا القول ما رواه

الشيخ (۲)فى الصحيح عن عبيد الله الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له:امرأه بلغها نعى زوجها بعد سـنه أو نحو ذلـك، قال:فقال:إن كانت حبلى فأجلها أن تضع حملها،و إن كانت ليست بحبلى فقد مضت عدتها البينه إذا قامت لها أنه مات فى يوم كذا و كذا،و إن لم تكن لها بينه فلتعتد من يوم سمعت».

و عن الحسن بن زياد (۳)قال:

«سـألت أبا عبـد الله عليه السـلام عن المطلقه يطلقها زوجها و لا تعلم إلا بعـد سـنه،و المتوفى عنها زوجها و لا تعلم بموته إلا بعد سنه،قال:إن جاء

۱- ۱) قـال على مـا نقله عنه فى المختلف:و التى يطلقهـا زوجهـا أو يموت و هو غائب عنها ان علمت الوقت،و الا حين بلغها،فان كان قـد خرج وقت العـده عنها فلا عـده عليها ان كان مسيره ما بين البلاد ما كان يمكن علمها بذلك قبل الوقت الذى علمت،و ان كـانت المسـافه لاـ تحتمل أن تعلم الحال فى الوقت الـذى علمت به اعتـدت من يوم يبلغها طلاق و وفاه زوجها و هى معه فى البلد،انتهى.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۱۶۴ ح ۱۷۰ و فيه«عن عبـد الله عن الحلبى»،الوسائـل ج ۱۵ ص ۴۴۸ ب ۲۸ ح ۱۰ و فيه«عبيد الله عن الحلبى».

۳- ۳) التهـذيب ج ۸ ص ۱۶۴ ح ۱۶۹ و فيه«الحسـين بن زيـاد»،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۸ ب ۲۸ ح ۹ و فيهما«ان جاء شاهـدان عدلان».

شاهدان عدل فلا تعتدان،و إلا تعتدان».

و هذان الخبران حملهما الشيخ فی التهذیبین علی الشذوذ لمخالفه سائر الأخبار فلم یجوز العدول عنها إلیهما،ثم احتمل و هم الراوی و اشتباهه المطلقه بالمتوفی عنها زوجها.

أقول:أما الشذوذ فنعم،لما عرفت من استفاضه الأخبار بخلافها،و أما الحمل علی وهم الراوی بأن یکون سمع ذلک فی المطلقه ثم اشتبه علیه و ظن المتوفی عنها زوجها فبعید غایه البعد،فإنه علیه السلام قد جمع بینهما معا فی الحکم و صرح بکل واحده منهما علی حالها.

و شیخنا الشهید الثانی فی المسالک (۱)-نظرا إلی ورود صحیحه الحلبی داله علی هذا القول،و هو أمثاله من أرباب هذا الاصطلاح یدورون مدار ذلک-جمع بین الأخبار بحمل الأخبار السابقه علی الاستحباب کما هی قاعدتهم المتعارفه فی هذه الأبواب.

و قد عرفت ما فیه (۲)مما قدمناه فی غیر موضع من هذا الکتاب،و الأظهر عندی حمل هذین الخبرین علی التقیه،فإن المحدث الشیخ محمد بن الحسن الحر العاملی نقل فی الوسائل أن القول بما دل علیه مذهب جمیع العامه.

۱- ۱) قال فی المسالک-بعد ذکر جمله من الأخبار الداله علی هذه الأقوال الثلاثه- ما صورته:و اختلاف هذه الاخبار المعتبره الاسناد یؤذن بجواز العمل بکل منها،و ذلک فیما یقتضی التحدید علی وجه الاستحباب و الاحتیاط.انتهی،و فیه ما عرفت فی الأصل، و أن الأظهر حمل الأخبار المخالفه علی التقیه و ان کانت هذه القاعده عندهم مهجوره کما أشرنا فی غیر موضع مما تقدم فی الکتاب.(منه-قدس سره-).
۲- ۲) و هو أن الاستحباب حکم شرعی یتوقف علی الدلیل الواضح کالوجوب و التحریم و اختلاف الاخبار لیس من أدله ذلک،و أیضا أن الحمل علی الاستحباب مع ظهور الاخبار فی الوجوب مجاز لا یصار الیه الا بالقرینه،و اختلاف الاخبار لیس من قرائن المجاز، هذا مع إمکان الحمل علی وجوه أخر من تقیه و نحوها.(منه-قدس سره-).

و نحو هذين الخبرين ما رواه

الشيخ فی التهذيب (۱)عن وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه عليهما السلام

«أن عليا عليه السلام سئل عن المتوفی عنها زوجها إذا بلغها ذلک و قد انقضت عدتها،فالحداد يجب عليها؟فقال علی عليه السلام:إذا لم يبلغها حتی تنقضی عدتها فقد ذهب ذلک كله و تنكح من أحبت».

و مما يؤكد القول المشهور و رود التعليل بالحداد،و أنه واجب عليها كما تقدم،و أنه إنما كانت عدتها من يوم بلوغ الخبر لذلک و الخبر المعلل باصطلاحهم مقدم فی العمل به،فالقول بسقوط الحداد الثابت إجماعا بين كافه أهل العلم نصا و فتوی بهذه الأخبار الثلاثه مع المعارضه بما تقدم مما هو أكثر عددا و أصح سندا مشكل غايه الإشكال مع تأيد تلک الأخبار بالاحتياط الذی هو أحد المرجحات الشرعيه فی مقام تعارض الأخبار،كما دلت عليه مرفوعه زراره.

و منها ما ذهب إليه الشيخ فی التهذيب،و هو أن المتوفی عنها تعتد من يوم وفاه الزوج و إن كانت قريبه كيوم أو يومين أو ثلاثه،و إلا فمن يوم بلغها الخبر.

و استدل عليه بما رواه فی الصحيح

عن منصور (۲)قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول فی المرأه يموت زوجها أو يطلقها و هو غائب،قال:إن كانت مسيره أيام فمن يوم يموت زوجها تعتد،و إن كان من بعد فمن يوم يأتيها الخبر لأنها لا بد أن تحد له».

و الأظهر عندی ارتكاب التأويل فی هذا الخبر و إن بعد بحمل مسيره الأيام علی الأيام القليله التی يمكن فيها وصول الخبر عاجلا،و تصير حينئذ فی حكم التی فی البلد المعتده من يوم الوفاه.لأنه لا فرق بينهما إلا تأخر وصول الخبر فيما دلت عليه الروايه يوما أو يومين عن يوم الوفاه،و هذا فی حكم الوفاه فی البلد كما

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۴۶۹ ح ۸۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۷ ب ۲۸ ح ۷.
۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۱۶۵ ح ۱۷۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۹ ب ۲۸ ح ۱۲.

لو كانت البلد متسعه جدا مشتمله على محلات عديده بحيث يمكن تأخر وصول الخبر من محله إلى أخرى يوما أو يومين،أو رستاق فيه قرى عديده كذلك،و حينئذ فيجتمع هذا الخبر مع الأخبار المتقدمه و لا يصير بينه و بينها كثير تناف.

و منها ما ذهب إليه الشيخ أبو الصلاح (۱)و هو أنها تعتد من حين بلوغ الخبر مطلقا محتجا بأن العده من عبادات النساء،و افتقار العده إلى نيه تتعلق بابتدائها،و ضعفه أظهر من أن يخفى على ناظر،فإن فيه طرحا للأخبار المتقدمه فی المطلقه مع ما هی عليه من الكثره و الصحه و الصراحه مع ما فی تعليله العليل، لمنع كون العده من العبادات المتوقفه على النيه بل من العبادات مطلقا.

تنبيهات

الأول [عدم خصوصيه المخبر بالوفاه فی جواز الاعتداد لها] :

ظاهر الأخبار المتعلقه بعده الوفاه و أنها تعتد من يوم يبلغها الخبر أو يوم يأتيها الخبر،و نحو ذلك من هذه العبارات أنه لا فرق فی جواز الاعتداد لها بين كون المخبر ثقه يفيد قوله ظن الموت أم لا،صغيرا كان أو كبيرا،ذكرا كان أو أنثى،كل ذلك للإطلاق،إلا أنها و إن اعتدت و حدت بمجرد ذلك لكن لا يجوز لها التزويج إلا بعد الثبوت الشرعی بالبينه أو الشياع و إن طالت المده المتوسطه،و أما خبر الطلاق فلا بد أن يكون ثابتا معلوما كونه فی أی وقت كما أشارت إليها الأخبار المتقدمه.

و منها قوله عليه السلام

فی صحيحه الحلبی أو حسنته (۲)

«إن قامت لها بينه عدل

ص:۵۴۴

۱- ۱) قال على ما نقله فی المختلف:إذا طلق الغائب أو مات فعليها أن تعتد لكل منهما من يوم يبلغها الطلاق و الوفاه لكون العده من عبادات النساء،و افتقار العباده إلى نيه تتعلق بابتدائها،انتهى.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) الكافی ج ۶ ص ۱۱۰ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۴ ب ۲۶ ح ۲.

أنها طلقت فی یوم معلوم و تیقنت فلتعتد من یوم طلقت».

و فی صحیحه البزنطی المنقوله من کتاب قرب الاسناد (۱)

«إذا قامت البینه أنه طلقها منذ کذا و کذا. و نحوها صحیحته الأخری المنقوله من الکافی (۲)و ما أطلق من الأخبار یحمل علی هذه الأخبار المفصله المبینه.

ثم إنه متی ثبت عندها خبر الطلاق و وقته فإن کان قد مضی من الزمان ما تنقضی به العده فقد انقضت عدتها و لتتزوج إن شاءت و إلا انتظرت تمام المده.

الثانی:لو بادرت فتزوجت بعد أن اعتدت بذلک الخبر الغیر الثابت شرعا

فإن التزویج یقع باطلا بحسب الظاهر،لأنا و إن جوزنا لها الاعتداد بمجرد ذلک الخبر إلا أنه لا یجوز لها التزویج إلا بعد الثبوت الشرعی،و الحال أنه لم یثبت.

نعم لو ظهر أن التزویج کان قد وقع بعد الموت و الخروج من العده کان صحیحا لمطابقه ما وقع ظاهرا للواقع،و إن أثم بالمبادره إلی ذلک قبل الثبوت الشرعی لو کان عالما بتحریم الفعل فی تلک الحال.

و بذلک صرح شیخنا الشهید الثانی فی المسالک (۳)ثم قال:و لو فرض دخول الزوج الثانی قبل العلم بالحال و الحکم بالتحریم ظاهرا ثم انکشف وقوعه بعد الموت و الطلاق و تمام العده لم تحرم علیه بذلک،و إن کان قد سبق الحکم به ظاهرا لتبین فساد السبب المقتضی للتحریم،انتهی و هو جید.

و مرجع ذلک إلی الاکتفاء فی الصحه بمطابقه الواقع (۴)و إن کان فی ظاهر

۱- ۱) قرب الاسناد ص ۱۵۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۵ ب ۲۶ ح ۷.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۱۱ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴۴ ب ۲۶ ح ۴.

۳- ۳) قال-قدس سره-:لو بادرت فنکحت قبل ثبوته وقع العقد باطلا ظاهرا. ثم ان تبین بعد ذلک بموته قبل العقد و تمام العده قبله ظهر صحته فی نفس الأمر و لم یفتقر الی تجدیده،و لا فرق مع ظهور وقوعه بعد العده بین کونه عالما بتحریم العقد قبله و عدمه و ان أثم فی الأول،و لو فرض.الی آخر ما فی الأصل.(منه-قدس سره-).

۴- ۴) و قد تقدم أن من القائلین بالصحه فی هذه المسأله المحقق الأردبیلی و تلمیذه صاحب المدارک-قدس سرهما-و هو الحق فی المسأله.(منه-قدس سره-).

الأمر على خلاف المشروع،و هو على خلاف ما بنوا عليه فى غير موضع من الأحكام حيث إن من جمله ما خرجوا فيه عن هذه القاعده صلاه الجاهل بالأحكام الشرعيه فحكموا فيمن صلى لا عن اجتهاد و لا تقليد ببطلان صلاته و إن طابقت المشروع واقعا،و قد تقدم الكلام فى هذه المسأله فى غير موضع من الكتب المتقدمه.

الثالث [حكم الاعتداد ببلوغ الخبر فى مقام يجهل وقت الطلاق]

قد دلت صحيحه الحلبى أو حسنته و هى أول الروايات المتقدمه على التفصيل بين ما إذا قامت البينه على طلاقها فى يوم معلوم فإنها تعتد من ذلك اليوم.و إن لم تحفظ فى أى يوم و لا أى شهر فلتعتد من يوم بلوغ الخبر.

و ظاهرها أن الاعتداد ببلوغ الخبر فى مقام يجهل وقت الطلاق على تقدير الجهل به بكل وجه بحيث يحتمل وقوعه قبل الخبر بغير فصل،و الاعتداد من يوم الطلاق إنما هو فى صوره العلم بذلك اليوم الذى وقع فيه الطلاق،مع أن هنا فردا آخر خارج عن هذين الفردين،و هو ما لو فرض العلم بتقدم الطلاق مده كما لو كان الزوج فى بلاد بعيده يتوقف بلوغ الخبر على قطع المسافه بينها و بينه فإنه يحكم بتقدمه فى أقل زمان يمكن مجىء الخبر فيه،و يختلف باختلاف مسافات البعد و سرعه حركه المخبر و بطئها،و حينئذ فكل وقت يعلم تقدم الطلاق عليه يحسب من العده و إن كان ذلك قبل بلوغ الخبر فتضيف بعد بلوغ الخبر إلى ما تقدم ما تتم به العده.

و بالجمله فإن من كان زوجها بعيدا عنها بمسافه يعلم تقدم الطلاق عن بعض الأيام و الشهور و إن جهلت يوم وقوعه و شهره فإنها تعتد بما تقدم مما علم تأخره عن الطلاق،و تضيف إليه بعد بلوغ الخبر ما يكمل به العده،و الروايه محموله على عدم العلم بذلك بالكليه،فلا منافاه بين ما ذكرنا و بين ما دلت عليه الروايه المذكوره.

المسأله الخامسه [فيما لو طلقها طلاقا رجعيا ثم راجعها] :

اشاره

قالوا:إذا طلقها طلاقا رجعيا ثم راجعها انقضت العده بالرجعه و عادت إلى النكاح الأول المجامع للدخول،و صارت كأنها لم تطلق بالنسبه إلى كونها الآن منكوحه و مدخولا بها،و إن بقى للطلاق السابق أثر ما من

حيث عده فى الطلقات الثلاث المحرمه،فإذا طلقها بعد هذه الرجعه قبل المسيس لزمها استئناف العده لأنها بالرجعه عادت إلى النكاح الذى مسها فيه،فالطلاق الثانى طلاق فى نكاح وجد فيه المسيس سواء،كان الثانى بائنا أم رجعيا لاشتراكهما المقتضى للعده،و هو كونه طلاقا عن نكاح وجد فيه الوطء،و فى معنى الطلاق البائن الخلع.

و فى هذا الأخير قول للشيخ فى المبسوط بعدم العده للخلع بناء على أن الطلاق بطل إيجابه العده بالرجعه،و لم يمسها فى النكاح المستحدث،و الحل المستحدث و هو ما بعد الرجعه،فأشبه ما إذا أبانها ثم جدد نكاحها و طلقها.

و رد بأن الرجعه إنما أبطلت العده المسببه عن الطلاق بسبب عود الفراش السابق،و هو مقتض لصيرورتها مدخولا بها،و خلع المدخول بها يوجب العده، و لم يتجدد نكاح آخر لم يمسها فيه،و إنما عاد النكاح الممسوس فيه،بخلاف ما إذا أبانها ثم جدد نكاحها لارتفاع حكم النكاح الأول بالبينونه،و النكاح بعده غير الأول،و إذا طلقها بعده فقد وقع بغير مدخول بها فى ذلك النكاح.

هذا كله إذا كان الطلاق الأول رجعيا،أما لو كان بائنا كما إذا خالع زوجته المدخول بها ثم تزوجها فى العده ثم طلقها قبل الدخول فإنه لا يلزمها منه العده لأن العقد الثانى لم يعد الفراش الأول،و إنما أحدث فراشا آخر،و العده الأولى بطلت بالفراش المتجدد و لم يحصل فيه دخول،فإذا طلقها حينئذ فقد صدق أنها مطلقه عن نكاح غير مدخول بها فيه،فيدخل تحت عموم قوله تعالى «ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمٰا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهٰا» . (۱)

و قيل:يلزم العده،و هو منقول عن القاضى ابن البراج فى المهذب محتجا بأنها لم تكمل العده الاولى و قد انقطعت بالفراش الثانى فتجب العود إليها بعد الطلاق.قالوا:و ضعفه واضح مما بيناه.هذا خلاصه ما ذكروه فى هذا المقام،

۱- ۱) سوره الأحزاب-آيه ۴۹.

و هو ينحل إلى مسائل ثلاث:

الاولی:ما إذا طلقها طلاقا رجعیا ثم راجعها ثم طلقها قبل الدخول

، و قد عرفت مما ذكروه أنه بالرجعه قد رجع النكاح الأول،فالطلاق الثانی الواقع بعد الرجعه إنما وقع لزوجه مدخول بها فیجب العده البته،إلا أنه لا یخلو من شوب الاشكال من حیث إن ما ذكروه غیر منصوص و إنما هو تعلیل اعتباری.

و قد عرفت ما فی بناء الأحكام علی هذه التعلیلات الاعتباریه،فإنه من الجائز أن یكون الطلاق الأول قد رفع حكم النكاح،فقوله«إنها بعد الرجعه كأنها لم تطلق،و أنها الآن منكوحه مدخولا بها»ممنوع لأن الطلاق قطع حكم النكاح الأول و منع من استیجابه،و إن ثبت كونها زوجه بعد الرجعه إلا أنه لیس ثبوت الزوجیه من جمیع الجهات لیترتب علیها ما ذكروه.

و بالجمله فالمانع مستظهر حتی یقوم الدلیل الشرعی علی ما ذكروه و لیس فلیس.و استئناف العده بعد الطلاق الثانی لا یستلزم ما ذكروه،بل یجوز أن یكون مستنده أنه حیث إن الطلاق الثانی لما كان بغیر مدخول بها فلا عده علیها منه،و عده الطلاق الأول إنما انقطعت بالنسبه إلی الزوج كما یأتی مثله فی المسأله الثالثه.

و أما بالنسبه إلی غیره فلا فیجب حینئذ بعد الطلاق الثانی استئناف عده الطلاق الأول إذا أرادت التزویج بغیر الزوج،لا بد لنفی ما ذكرناه من دلیل.

الثانیه:إذا كان الثانی بائنا

،و هذا هو الذی خالف فیه الشیخ فقال بسقوط العده كما تقدم من ذكر دلیله و ما أورد علیه،و فیه ما فی سابقته من البحث المذكور فإن المسألتین من باب واحد.

الثالثه:ما إذا كان الطلاق الأول بائنا

من خلع و نحوه،و هذا هو محل الخلاف مع القاضی ابن البراج.

قال الشیخ فی الخلاف علی ما نقله فی المختلف:إذا تزوج امرأه ثم خلعها ثم تزوجها و طلقها قبل الدخول بها لا عده علیها.و قال ابن البراج فی المهذب:

فإن خالعها ثم تزوجها ثم طلقها استأنف أیضا العده و لم یجز لها أن تبنی علی ما تقدم-ثم قال فی المختلف:-و الوجه ما قاله الشیخ فی الخلاف.انتهی،و علیه جمله من وقفنا علی کلامه من الأصحاب،و لم ینقل فیه الخلاف إلا عن القاضی المذکور.

و الظاهر أن ما ذکروه من الفرق بین المسألتین الأولتین و بین الثالثه إنما ألجأهم إلیه الحکم فی الثالثه بسقوط العده فی الطلاق الثانی استنادا إلی ما ذکروه من ظاهر الآیه،و علی هذا بنوا الحیله فی إسقاط العده فی هذه الصوره فجوزوا لغیر الزوج أن یعقد علیها بعد هذا الطلاق الأخیر لکونها مطلقه غیر مدخول بها، و قد تقدم الکلام معهم فی هذه المسأله فی الإلحاق المذکور بعد الفصل الثانی فی الرجعه من المقصد الثالث فی جمله من الأحکام،و إلی ما اخترناه فی هذه المسأله من من استئناف العده کما ذکره القاضی مال جمله من متأخری المتأخرین قد تقدم ذکرهم فی الموضع المشار إلیه.

و علی ما ذکرناه یتجه أن یقال:إن سقوط العده الأولی بتزویجها فی العده و هو المشار إلیه بالفراش المتجدد إنما تثبت بالنسبه إلی الزوج لحل ذلک له خاصه حیث إنه لا یجب الاستبراء من مائه الذی هو العله فی وجوب العده،و أما غیره فإنه لا یجوز له العقد علیها فی هذه الحال مع العلم إجماعا نصا و فتوی لکونها فی العده و حینئذ فإذا طلقها بعد هذا العقد فإنه لا عده علیها من هذا الطلاق الثانی بلا إشکال لدلاله الآیه المذکوره المعتضده بالأخبار علی عدم وجوب العده علی المطلقه الغیر المدخول بها،و نحن أنما نوجب علیها العده من الخلع الأول الذی قد تقدم فإن عدته إنما سقطت سابقا بالنسبه إلی الزوج خاصه کما عرفت.

و حینئذ فقولهم«فقد صدق أنها مطلقه عن نکاح غیر مدخول بها فیه»مغالطه

ص:۵۴۹

ظاهره،فإن هـذا الصـدق المـدعى إنما يتم بالنسـبه إلى الطلاق الثانى،و هو ليس محل البحث،و إنما محله الخلع الـذى تقـدم،فإن الأدله الـداله على وجوب العـده منه داله بإطلاقها على هـذا الفرد الـذى هو محل البحث،غايه الأمر أنه قام الـدليل على سـقوطها بالنسـبه إلى الزوج خاصه،فهو باق تحت إطلاق الأدله المشار إليها،و تخرج روايه ابن أبى عمير المتقـدمه فى الموضع المشار إليه شاهدا على ما ذكرناه.

المسأله السادسه [فى ما لو طلقها بائنا ثم وطأها للشبهه فهل تتداخل العدتان]

قـد صـرحوا:بـأن الشـبهه فى الوطء إن وقعت من الطرفين فالولـد يلحق بهمـا و عليهـا العـده و لهـا مهر المثل إذا كانت حره،و إن اختصت بأحـدهما لحق به النسب و وجبت العـده عليها سواء كانت هى المختصه بالشـبهه أو هو مراعاه لحق الوطء الصـحيح من طرف المشـتبه عليه،و يختص الحـد بالعـالم منهما،ثم إن كانت هى العالمه فلا مهر لها،و إلا ثبت،و لو كانت الموطوءه أمه و كانا معـا جـاهلين لحق به الولـد و عليه قيمته لمولاهـا يوم يسـقط حيا لأنه عوض منفعتها الفائته بالحمل و عقر الأمه،و إن كانت عالمه دونه فكـذلك،إلاـ أن فى ثبوت المهر لمولاهـا هنـا خلافـا من حيث إنهـا بغى و لاـ مهر لبغى و كونه لمولاها وَ لاٰ تَزِرُ وٰازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرىٰ ،و إن كان هو العالم دونها فعليه الحد و الولد رق لمولاها،و عليه القصر، و حيث يثبت لها المهر فهل هو المثل لأنه عوض البضع شرعا حيث لا مقدر؟أم هو عشر قيمتها إن كانت بكرا و نصفه إن كانت ثيبا؟قولان،و المنصوص منهما صحيحا هو الثانى.

أقول:و هـذه الأحكـام قـد مرت متفرقه فى الأبحـاث المتقـدمه،و تقـدمت النصوص المتعلقه بهـا،و لكنهم ذكروها هنا إجمالا من حيث مناسبه المقام و تتميما لما ذكر هنا من الأحكام.

ثم إنهم قالوا أيضا:إنه إذا طلقها بائنا ثم وطأها للشـبهه فهل تتـداخل العـدتان لأنهما لواحـد،و تؤيده الروايات الداله على التداخل مع التعدد،فمع

الاتحاد بطريق أولى؟أم لا- تتداخل بل تأتى بكل منهما على الكمال لأنهما حقان مختلفان؟قولان،و الثانى منهما للشيخ و ابن إدريس،و الأول هو المشهور.

أقول:قد عرفت مما قدمناه (۱)قريبا أن الأظهر هو الاتحاد مع التعدد و أن ما دل على التعدد من الأخبار إنما خرج مخرج التقيه.و حينئذ فالقول بذلك مع كونهما لواحد أظهر ظاهر.

و المراد من التداخل هو أنه يدخل الأقل منهما تحت الأكثر،فلو كانت بالأقراء أو الأشهر استأنفت العده من حين الوطء،فيدخل باقى العده الأولى تحت الثانيه،و على تقدير كون الأولى رجعيه يجوز له الرجعه فى تلك البقيه لا بعدها لأن تلك البقيه من عدته،و ما بعدها من عده الشبهه،و قد خرجت من عدته فلا رجوع له عليه و قد خرجت من عدته.

قالوا:و يجوز تجديد النكاح فى تلك البقيه و بعدها إذا لم يكن عدد الطلاق مستوفى،يعنى استيفاء الطلقات المحرمه بأن حصلت،فإنه لا يجوز العقد إما مطلقا أو إلا بمحلل.

و لو اجتمعت العدتان من شخصين و كانت إحداهما عده طلاق و الأخرى عده وطء الشبهه سواء كان المتقدم عده الطلاق أو وطء الشبهه فلا تداخل على المشهور و أما على ما اخترناه فيتداخلان.

ثم إنه على المشهور إن لم يكن هناك حمل أكملت عده الطلاق بالأقراء أو الأشهر إن كانت هى المتقدمه لتقدمها و قوتها ثم اعتدت للثانى بعد الفراغ منها.

و إن حصل هنا حمل،فإن كان من الأول فكالأول،و إن كان من الثانى قدمت عدته لأنها لا تقبل التأخير و أكملت عده الأول بعد الوضع،فإن كانت بالأقراء اعتبرت النفاس حيضا و أكملتها بعدها إن بقى منها شىء،و لا فرق فى ذلك بين العده الرجعيه و البائنه إلا أن الرجعيه يجوز للزوج الرجوع فيها سواء تقدمت أم تأخرت لأن

۱- ۱) قد تقدم ذلك فى المسأله الثالثه.(منه-قدس سره-).

ذلک من مقتضاها شرعا،ثم إن کانت متقدمه علی عده الشبهه فرجع فیها اعتدت عده الشبهه بعد الرجوع،و لا یجوز له الوطء إلی أن تنقضی العده الثانیه،و إن کان المتقدم هو عده الشبهه کما إذا ظهر منه حمل فللزوج الرجوع فی بقیه عدته بعد الوضع دون زمان الحمل لأنها حینئذ غیر معتده منه.

و ربما قیل بجواز الرجوع فی زمن الحمل أیضا لأنها لم تخرج بعد من العده الرجعیه،لکن لا یجوز الوطء إلی أن تخرج عده الشبهه،و الأصح الأول و لو کانت عده الطلاق بائنه،فالکلام فی جواز تزویجها فی العده کالقول فی جواز الرجوع،کذا أفاده شیخنا فی المسالک سلک الله تعالی به أفضل المسالک،و الله سبحانه العالم بحقائق أحکامه و نوابه العالمون بمعالم حلاله و حرامه.

هذا آخر الکلام فی کتاب الطلاق و یتلوه إن شاء الله تعالی الکلام فی کتاب الخلع و المباراه و الحمد لله وحده و صلی الله علیه محمد و آله الطاهرین

ص :۵۵۲

كتاب الخلع و المباراه

اشاره

[فی معنی الخلع و المباراه]

اشاره

قال فی القاموس (۱):الخلع-کالمنع-:النزع إلا أن فی الخلع مهله-إلی أن قال:-و بالضم طلاق المرأه ببذل منها أو من غیرها کالمخالعه و التخالع.

و نحوه قال الجوهری فی الصحاح. (۲)

و قال الفیومی فی المصباح المنیر (۳):خلعت النعل و غیره خلعا نزعته، و خالعت المرأه زوجها مخالعه إذا افتدت منه و طلقها علی الفدیه،فخلعها هو خلعا و الاسم الخلع بالضم،و هو استعاره من خلع اللباس لأن کل واحد منهما خالع الآخر،فإذا فعلا ذلک فکأن کل واحد نزع لباسه عنه.

و مقتضی کلامهم أنه یطلق لغه علی المعنی الشرعی.

قال فی شرح النافع:و الظاهر أن هذا المعنی کان معروفا قبل ورود

۱- ۱) القاموس المحیط ج ۳ ص ۱۸.

۲- ۲) الصحاح ج ۳ ص ۱۲۰۵.

۳- ۳) المصباح المنیر ص ۲۴۳ و فیه«لان کل واحد منهما لباس للآخر».

الشرع،و مقتضی کلام الفیومی فی المصباح أن الخلع بالمعنی الشرعی مأخوذ من الخلع بالفتح بمعنی النزع من حیث إن کلا منهما لباس للآخر کما أشار إلیه الآیه «هُنَّ لِبٰاسٌ لَکُمْ وَ أَنْتُمْ لِبٰاسٌ لَهُنَّ» (۱)و کأنه بمفارقه أحدهما الآخر علی هذه الکیفیه نزع لباسه.

و المباراه بالهمزه و قد تخفف ألفا:المفارقه.قال فی القاموس (۲):باراه:

فارقه،و المراه صالحها علی الفراق.

و قال الجوهری (۳):تقول:بارات شریکی إذا فارقته،و بارا الرجل امراته و المراد هنا إبانتها بعوض مقصود لازم للزوج،و یفترقان باختصاص الخلع بکراهتها له خاصه،و المباراه باشتراکهما فی الکراهه و فی أمور أخر یأتی ذکرها إن شاء الله تعالی.

قال فی المسالک:و اعلم أن الفرقه الحاصله علی العوض تاره تکون بلفظ الخلع و المباراه فیلحقها حکمهما،و تاره تکون بلفظ الطلاق،فیکون طلاقا بعوض لیس بخلع،لکن جرت العاده بالبحث عنه فی کتاب الخلع،لمناسبه له فی کونه إبانه بعوض،لکنه یخالفه فی بعض الأحکام،فإنه طلاق محض یلحقه أحکام الطلاق بأسرها،و یزید علیه العوض،و له أحکام تخصه زیاده علی أصل الطلاق سیأتی إن شاء الله تعالی بیانها،انتهی.

ثم إن الظاهر من کلام جل الأصحاب-رضوان الله علیهم-أن الخلع لیس بواجب،و ظاهر الشیخ فی النهایه وجوبه متی قالت تلک الأقوال،قال فی الکتاب المذکور:إنما یجب الخلع إذا قالت المراه لزوجها:إنی لا أطیع لک

ص: ۵۵۴

۱- ۱) سوره البقره-آیه ۱۸۷.

۲- ۲) القاموس المحیط ج ۱ ص ۸.

۳- ۳) الصحاح ج ۱ ص ۳۶.

أمرا و لا أقيم لک حدا و لا أغتسل لک من جنابه و لأوطئن فراشک من تکرهه إن لم تطلقنی،فمتی سمع منها هذا القول و علم من حالها عصیانه فی شیء من ذلک لم تنطق به وجب علیه خلعها.و تبعه أبو الصلاح و ابن البراج فی الکامل و ابن زهره.

کذا نقله عنهم فی المختلف-ثم قال:-لنا الأصل براءه الذمه من وجوب الخلع-ثم قال:-احتج بأن النهی عن المنکر واجب،و إنما یتم بهذا الخلع فیجب-ثم قال:-و الجواب المنع من المقدمه الثانیه،و الظاهر أن مراد الشیخ بذلک شده الاستحباب.

أقول:بل الظاهر أن مراد الشیخ بالوجوب هنا إنما هو المعنی اللغوی، أعنی الثبوت بمعنی أن ثبوت الخلع و مشروعیته متوقفه علی ذلک،و روایات المسأله علی کثرتها إنما تضمنت أنه لا یحل له خلعها حتی تقول ذلک،بمعنی أنه لا یشرع و لا یثبت إلا بعد هذه الأقوال.و لیس فی شیء منها ما یدل علی الوجوب کما توهموه،و الجمیع ظاهر فیما قلناه من الحمل المذکور. و کیف کان فالکلام هنا یقع فی مقصدین:

[المقصد] الأول:فی الخلع

اشاره

و الأصل فیه الآیه الشریفه و هی قوله عز و جل «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاّٰ یُقِیمٰا حُدُودَ اللّٰهِ فَلاٰ جُنٰاحَ عَلَیْهِمٰا فِیمَا افْتَدَتْ بِهِ» . (۱)

و روی شیخنا الشهید الثانی فی المسالک (۲)فی سبب نزل هذه الآیه أنها نزلت فی بنت عبد الله بن ابی،و کانت زوجه ثابت بن قیس،و کان یحبها و هی تبغضه،فأتت رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فقالت:یا رسول الله لا أنا و لا ثابت،و لا یجمع رأسی و لا رأسه شیء،و الله ما أعیب علیه فی دین و لا خلق و لکن أکره الکفر بعد الإسلام ما أطیعه بغضا،إنی رفعت جانب الخبإ فرأیته أقبل فی عده،فإذا هو أشدهم سوادا

۱- ۱) سوره البقره-آیه ۲۲۹.

۲- ۲) مسالک الافهام ج ۲ ص ۵۸ و قد نقله المصنف بالمعنی.و راجع سنن البیهقی ح ۷ ص ۳۱۳.

و أحقرهم قامه و أقبحهم وجها،فنزلت الآیه «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلّاٰ یُقِیمٰا حُدُودَ اللّٰهِ» الآیه،و کان قد أصدقها حدیقه،فقال ثابت:یا رسول الله ترید الحدیقه؟فقال رسول صلی الله علیه و آله و سلم:ما تقولین؟قالت:نعم و أزیده،فقال:لا،حدیقته فقط،فاختلعت منه.

و رواه الطبرسی فی کتاب مجمع البیان (۱)ملخصا.

و الظاهر أن الخبر المذکور من طریق العامه فإنی لم أقف علیه فی کتب أخبارنا،و هو مروی فی کتبهم بطرق متعدده و متون مختلفه.

إذا تقرر ذلک فاعلم أن البحث فی الخلع و تحقیق الکلام فیه یقع فی الصیغه و الفدیه و الشرائط و الأحکام،فهنا مقامات أربعه:

[المقام] الأول فی الصیغه:

اشاره

و الکلام یقع فیها فی مواضع

أحدها [لفظ الصیغه]

لا یخفی أنه حیث کان الخلع من العقود المفیده لابانه الزوجیه بعوض مخصوص فلا بد له من صیغه داله علیه کغیره من نظائره،و قد ذکروا أنه یقع ذلک بلفظ«خلعتک و خالعتک علی کذا،و أنت أو فلانه مختلعه علی کذا»مع أنه قد تقدم فی الطلاق أن بعضهم یمنع من وقوعه بلفظ«أنت مطلقه»معللا بأنه بعید عن شبه الإنشاء،و حکموا بانعقاد بعضها بالجمله الاسمیه کانعقاد الضمان بقوله«أنا ضامن»و الهبه بقوله«هذا لک»قاصدا به الهبه.

قال السید السند فی شرح النافع-بعد نقل ذلک عنهم،و نعم ما قال-:

و لیس فی هذه الأحکام أصل یتعین الرجوع إلیه و لا مستند صالح یعول علیه.

أقول:و قد تقدمه فی هذا الکلام جده-قدس سره-فی المسالک حیث قال:

و اللفظ الصریح فیه قوله«خلعتک و خالعتک علی کذا أو أنت أو فلانه مختلعه

۱- ۱) مجمع البیان ج ۲ ص ۳۲۹.

على كذا».

أما الأولان فواقعان بصيغه الماضى التى هى صريحه فى الإنشاء على ما تقرر و تكرر.

و أما الأخيران فلأنهما و إن لم يكونا باللفظ الماضى لكنهما يفيدان الإنشاء بل هما أصرح فيه من الماضى المفتقر فى دلالته على الإنشاء إلى النقل إليه.

و لكن مثل هذا لم يلتزمه الأصحاب فى جميع العقود اللازمه،بل أمرهم فيه مضطرب من غير قاعده يرجع إليها،و لا دلاله عليه من النصوص توجبها،و قد تقدم فى النكاح و الطلاق ما يخالف هذا،و أنه لا يقع بقوله«أنت مطلقه»و نحوه،و اعتمدوا فى التزامه على خبر لا- يوجب ذلك الحصر كما بيناه،و لو جوزوا فى جميع الأبواب الألفاظ المفيده للمطلوب صريحا من غير حصر كان أولى،انتهى و هو جيد،و إن خالفه فيما مضى من الأبواب السابقه،و وافق الجماعه فيما ذهبوا إليه من هذه المواضع التى اعترضها هنا كما يخفى على من راجع الكتاب المذكور.

و به يظهر قوه ما ذهبنا إليه فى كتاب البيع و غيره من الكتب السابقه من عدم الانحصار فى لفظ خاص و لا صيغه خاصه،بل كل ما أفاد المطلوب فإنه كاف فى هذا المقام،و سيأتى إن شاء الله تعالى ما يزيده تأييدا و يوضحه تأكيدا، فى حديث جميل من حكايه خلع ذلك الرجل لابنته من زوجها.

و على هذا فكما يقع الخلع بالألفاظ المتقدمه كذا يقع بقوله«أنت طالق على كذا».

و قد صرح بذلك جمله من الأصحاب أيضا،منهم الشيخ فى المبسوط حيث قال على ما نقل عنه:فأما إذا كان الخلع بصريح الطلاق كان طلاقا بلا خلاف و منهم العلامه حيث قال فى الإرشاد:الصيغه و هى:خلعتك على كذا أو أنت أو فلانه مختلعه على كذا أو أنت طالق على كذا.و نحوه قال فى القواعد و التحرير.

و فيه دلاله على أن الطلاق بعوض من أقسام الخلع تترتب عليه أحكامه،

و سیأتی تحقیق المسأله فی محلها.

و حیث قد عرفت مما تقدم فی صدر الکلام أن الخلع من قبیل المعاوضات فلا بد فیه من القبول من المرأه إن لم یسبق سؤالها ذلک،و یعتبر تعاقبهما بحیث یکون أحدهما جوابا عن الآخر،فإن تقدم التماسها بقولها:طلقنی بألف مثلا اعتبر کونه جوابا علی الفور بحیث لا یتخلله زمان یوجب عدم ارتباط الجواب بالسؤال،و إن تقدم لفظه فقال:خالعتک علی کذا اعتبر قبولها عقیب کلامه کذلک،و لو قال:خلعتک علی کذا و لم یتعقبه قبولها علی الفور فقد صرحوا بأن الأظهر بطلان الطلاق،لأن الطلاق بالعوض لم یقع لانتفاء شرطه،و الطلاق المجرد غیر مقصود بل و لا مدلول علیه باللفظ،لأن الکلام لا یتم إلا بآخره،کذا أفاده السید السند-قدس سره-فی شرح النافع.

و الظاهر أنه علی هذا النهج کلام غیره من الأصحاب،و لم أقف فی النصوص علی ما یدل علیه،و لا یهدی بوجه من الوجوه إلیه،و غایه ما یستفاد منها أنه إذا قالت المرأه تلک الأقوال الداله علی البغض و الکراهه لزوجها حل له أن یخلعها.

نعم فی بعضها ما ربما یشیر إلی ما ذکره من سؤالها ذلک.و أما وجوب القبول منها بعد تقدم کلامه و قوله:خلعتک علی کذا و کون ذلک علی الفور و إلا بطل،فلم أقف فیه علی نص.

و ما ذکرنا من البغض الذی یشیر إلی سؤالها هو ما رواه

فی الکافی (1)عن محمد بن مسلم فی الحسن أو الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«المختلعه التی تقول لزوجها:اخلعنی و أنا أعطیک ما أخذت منک،فقال:لا یحل له أن یأخذ منها شیئا حتی تقول:و الله لا أبر لک قسما و لا أطیع لک أمرا و لآذنن فی بیتک بغیر إذنک و لأوطئن فراشک غیرک،فإذا فعلت ذلک من غیر أن یعلمها حل له ما أخذ منها»الحدیث.

1- 1) الکافی ج 6 ص 140 ح 3،الوسائل ج 15 ص 488 ب 1 ح 4 و فیه اختلاف یسیر.

و عن أبی الصباح الکنانی (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا خلع الرجل امرأته فهی واحده بائن و هو خاطب من الخطاب،و لا یحل له أن یخلعها حتی تکون هی التی تطلب ذلک منه من غیر أن یضربها،و حتی تقول:لا أبر لک قسما و لا أغتسل لک عن جنابه و لأدخلن بیتک من تکره و لأوطئن فراشک و لا أقیم حدود الله فیک،فإذا کان هذا منها فقد طاب له ما أخذ منها».

و الروایه الأولی غیر ظاهره الدلاله،لأن الظاهر أن الکلام الأول إنما هو من السائل،و کلام الامام علیه السلام خال من ذلک.

نعم الروایه الثالثه ظاهره فی طلبها ذلک منه،لکن لا دلاله فیها علی أزید من توقف المنع علی طلبها ذلک مع قولها لتلک الأقوال القبیحه،و لا دلاله فیها علی وقوع الخلع علی أثر هذا القول،بحیث لا یفصل بینهما بزمان،بل الظاهر إنما هو خلاف ذلک،بمعنی أن صحه الخلع متوقف علی طلبها ذلک و قولها تلک الأقوال،و حینئذ فیحل خلعها سواء کان فی ذلک المجلس أو غیره و فی ذلک الیوم أو بعده،هذا ظاهر الخبر المذکور.

و کذا ظاهر الخبر الأول لو فرضنا ذلک الکلام الأول من کلامه علیه السلام فإنه یرجع إلی هذا الخبر،و لم أقف علی غیرهما مما یتعلق بهذا الکلام الذی ذکره و ظاهر کلامه أنهم بنوا الأمر فیما ذکروه علی ما صرحوا به من أن الخلع من قبیل المعاوضات.إلی آخر ما تقدم،و هو من التعلیلات الاعتباریه التی لا تصلح لتأسیس الأحکام الشرعیه.

الثانی [فی أنه هل تکفی صیغه الخلع وحدها أم لا؟]

اختلف الأصحاب-رضوان الله علیهم-فی صیغه الخلع إذا وقعت بلفظ الخلع من الصیغ المتقدمه و نحوها هل یجب اتباعها بلفظ الطلاق،أم تکفی وحدها؟ قولان.

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۴۰ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۸ ب ۱ ح ۶ و فیه اختلاف یسیر.

و إلى الثانى ذهب المرتضى-رضى الله عنه-فى المسائل الناصريه فقال:

إن الخلع إذا تجرد عن لفظ الطلاق بانت به المرأه و جرى مجرى الطلاق،و نحوه قال ابن الجنيد،حيث صرح بأنه ليس عليه أن يقول:قد طلقتك إذا قال:قد خالعتك.و إلى هذا القول مال العلامه فى المختلف و التحرير و الشهيد فى شرح الإرشاد،و نقله فى المختلف عن ظاهر الشيخ المفيد و الصدوق و ابن أبى عقيل و سلار و ابن حمزه،و اعتمده السيد السند فى شرح النافع و قبله جده،و الظاهر أنه المشهور،و إلى الأول ذهب الشيخ فى كتابى الأخبار،و تبعه ابن البراج فى المهذب و ابن إدريس،و هو الظاهر من كلام أبى الصلاح،و اختاره الشهيد فى اللمعه.

و ظاهر المحقق فى كتابيه التوقف فى المسأله،حيث إنه قال فى الشرائع و هل تقع مجرده؟المروى نعم،و قال الشيخ:لا تقع حتى تتبع بالطلاق.و نحوه فى المختصر حيث قال:و هل يقع بمجرده،قال علم الهدى:نعم،و قال الشيخ:لا،حتى يتبع بالطلاق،انتهى.

و أنت خبير بأن اقتصاره على مجرد نقل القولين كما فى المختصر أو نسبه أحدهما إلى الروايه كما فى الشرائع ظاهر فيما قلناه.

و الأصل فى هذا الاختلاف اختلاف الأخبار الوارده عنهم عليهم السلام فى هذا المقام فالواجب أولا نقل ما وصل إلينا من أخبار المسأله،ثم الكلام فيها بما وفق الله سبحانه لفهمه منها ببركه أهل الذكر عليهم الصلاه و السلام.

فمن الأخبار الداله على القول الثانى ما رواه

الصدوق (۱)فى الصحيح عن حماد عن الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«عده المختلعه عده المطلقه،و خلعها طلاقها،و هى تجزى من غير أن يسمى طلاقا». (۲).

ص: ۵۶۰

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۳۳۸ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۱ ب ۳ ح ۴.

۲- ۲) أقول:ما دلت عليه هذه الروايه من اشتراط كون الخلع عند السلطان مذهب ابن الجنيد،و المشهور بين أصحابنا خلافه،و الروايه المذكوره حملها العلامه-رحمه الله عليه- فى المختلف على الاستحباب،و هو جيد(منه-رحمه الله-).

و ما رواه

الشیخ (۱)عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«لا یکون الخلع حتی تقول:لا أطیع لک أمرا و لا أبر لک قسما و لا أقیم لک حدا فخذ منی و طلقنی فإذا قالت ذلک فقد حل له أن یخلعها بما تراضیا به من قلیل أو کثیر،و لا یکون ذلک إلا عند سلطان،فإذا فعلت ذلک فهی أملک بنفسها من غیر أن یسمی طلاقا».

و عن سلیمان بن خالد (۲)فی الصحیح قال:

«قلت:أ رأیت إن هو طلقها بعد ما خلعها،أ یجوز علیها؟قال:قال:و لم یطلقها و قد کفاه الخلع؟و لو کان الأمر إلینا لم نجز طلاقها».

و عن محمد بن إسماعیل بن بزیع (۳)فی الصحیح قال:

«سألت أبا الحسن الرضا علیه السلام عن المرأه تباری زوجها أو تختلع منه بشهاده شاهدین علی طهر من غیر جماع هل تبین منه بذلک؟أو هی امرأته ما لم یتبعها بالطلاق؟فقال:تبین منه،و إن شاءت أن یرد إلیها ما أخذ منها و تکون امرأته فعلت،فقلت:إنه قد روی أنه لا تبین منه حتی یتبعها بطلاق،قال:لیس ذلک إذا خلعا،فقلت:تبین منه؟ قال:نعم».

و ما رواه

فی الکافی (۴)عن محمد بن إسماعیل بن بزیع فی الصحیح قال:

«سألت أبا الحسن الرضا علیه السلام عن المرأه تباری زوجها أو تختلع منه بشاهدین علی طهر من غیر جماع،هل تبین منه؟فقال:أما إذا کان علی ما ذکرت فنعم،قال:

قلت:قد روی لنا أنها من لا تبین منه یتبعها بالطلاق،قال:فلیس تلک إذا خلعا فقلت:تبین منه؟قال:نعم».

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۹۸ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۳ ب ۳ ح ۱۰ و ص ۴۹۵ ب ۴ ح ۵ و فیهما«تراضیا علیه».

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۹۹ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۲ ب ۳ ح ۸ و فیهما«قال یطلقها»و«لم نجز طلاقا».

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۹۸ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۲ ب ۳ ح ۹ و فیهما اختلاف یسیر.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۴۳ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۲ ب ۳ ح ۹ و فیهما اختلاف یسیر.

و أما ما يدل على القول الأول فمنها ما رواه

فى الكافى (۱)عن موسى بن بكر عن العبد الصالح عليه السلام قال:

«قال على عليه السلام:المختلعه يتبعها بالطلاق ما دامت فى العده».

قيل (۲)المراد بالعده هنا عده الطهر،أى لو حاضت بعد الخلع قبل الطلاق لم يجز بل ينتظر الطهر.

و ما رواه

الشيخ فى التهذيب (۳)عن موسى بن بكر عن أبى الحسن الأول عليه السلام قال:

«المختلعه يتبعها الطلاق ما دامت فى عدتها».

هذا ما حضرنى من أخبار المسأله المذكوره.

قال ثقه الإسلام فى الكافى (۴):حميد بن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعه عن جعفر بن سماعه

أن جميلا شهد بعض أصحابنا و قد أراد أن يخلع ابنته من بعض أصحابنا،فقال جميل:ما تقول؟رضيت بهذا الذى أخذت و تركتها؟فقال:نعم، فقال لهم جميل:قوموا،فقالوا:يا أبا على ليس تريد يتبعها بالطلاق؟فقال:لا، قال:و كان جعفر بن سماعه يقول:يتبعها الطلاق ما دامت فى العده،و يحتج بروايه موسى بن بكر عن العبد الصالح. نقل الروايه كما قدمناه.

و قال الشيخ فى التهذيبين (۵):الذى أعتمده فى هذا الباب و افتى به أن المختلعه لا بد فيها من أن تتبع بالطلاق،و هو مذهب جعفر بن سماعه و الحسن بن سماعه و على

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۴۱ ذيل ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۰ ب ۳ ح ۱ و فيهما «يتبعها الطلاق».
۲- ۲) القائل هو صاحب الوسائل-رحمه الله.
۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۹۷ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۲ ب ۳ ح ۵ و فيه«ما دامت فى عده».
۴- ۴) الكافى ج ۶ ص ۱۴۱ ح ۹ و فيه اختلاف يسير.
۵- ۵) التهذيب ج ۸ ص ۹۷.

ابن رباط و ابن حذيفه من المتقدمين،و مذهب على بن الحسين من المتأخرين (۱)-إلى أن قال:-و استدل من ذهب إليه من أصحابنا المتقدمين بقول أبى عبد الله عليه السلام:لو كان الأمر إلينا لم نجز إلا طلاق السنه.

و استدل الحسن بن سماعه و غيره بأن قالوا:أنه قد تقرر أنه لا يقع الطلاق بشرط،و الخلع من شرطه،و أن يقول الرجل:إن رجعت فيما بذلت فأنا أملك ببضعك،و هذا شرط،فينبغى أن لا يقع به فرقه.

و استدل أيضا

ابن سماعه بما رواه عن الحسن بن أيوب عن ابن بكير عن عبيد بن زراره (۲)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«ما سمعت منى يشبه قول الناس فيه التقيه،و ما سمعت منى لا يشبه قول الناس فلا تقيه فيه».

ثم حمل ما خالف ذلك مما يدل على أنه لا يحتاج إلى أن يتبع بطلاق على التقيه لموافقتها لمذاهب العامه.

قال السيد السند-قدس سره-فى شرح النافع بعد أن نقل عن الشيخ العمل بروايه موسى بن بكر المتقدمه،و أنه أجاب عن الأخبار المتقدمه بالحمل على التقيه لأنها موافقه لمذهب العامه ما لفظه:و هذا الحمل إنما يتم مع تعارض الروايات و تكافئها من حيث السند،و الأمر هنا ليس كذلك،فإن الأخبار المتقدمه مع صحتها و سلامه أسانيدها مستفيضه جدا،و ما احتج به الشيخ روايه واحده و رواها موسى بن بكر،و هو واقفى غير موثق،فكيف يعمل بروايته و يتركها الأخبار الصحيحه الداله على خلافه؟

۱- ۱) و قال بعد قوله من المتأخرين:و أما الباقون من فقهاء أصحابنا المتقدمين فلست أعرف لهم فتيا فى العمل به،و لم ينقل عنهم أكثر من الروايات التى ذكرناها و أمثالها، و يجوز أن يكونوا رووها على الوجه الذى نذكر فيما بعد،و ان كان فتياهم و عملهم على ما قلناه،انتهى(منه-قدس سره-).

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۹۸ ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۲ ب ۳ ح ۷ و فيه«ما سمعته منى».

ما هذا إلا عجب من الشيخ (۱)،و مع ذلک فهذه الروایه متروکه الظاهر لتضمنها أن المختلعه یتبعها بالطلاق ما دامت فی العده،و الشیخ لا یقول بذلک، بل یعتبر وقوع الطلاق بعد تلک الصیغه بغیر فصل،فما تدل علیه الروایه لا یقول به،و ما یقول به لا تدل علیه الروایه،انتهی.

أقول:أما ما اعترض به من الوجه الأول فهو غیر موجه کما أسلفنا لک تحقیقه فی غیر موضع مما تقدم من الشیخ و أمثاله من المتقدمین الذین لا أثر لهذا الاصطلاح عندهم،و أن جمیع الأخبار المرویه فی الأصول المعتمده کلها صحیحه إلا ما استثنی مما نبهوا علیه،و صحه الأخبار عندهم لیست بالأسانید کما علیه اصطلاح المتأخرین،و إنما هو بالمتون،و ما دلت علیه الأخبار بموافقته للکتاب و السنه و روایته فی الأصول المعتمده و نحو ذلک،و لا ریب أنه علی هذا التقدیر من الحکم بصحه جمیع هذه الروایات،فإنه مع اختلافها یجب الجمع بینها،و من القواعد المقرره عن أصحاب العصمه علیهم السلام و إن ألغوها و ضربوا عنها صحفا فی جمیع المواضع عرض الأخبار عند الاختلاف علی مذهب العامه،و الأخذ بخلافه،و قد استفاضت بذلک الأخبار،و یؤکدها الحدیث المنقول هنا فی کلام الشیخ،و هو خبر عبید ابن زراره،و تلک الأخبار الکثیره الموافقه لمذهب العامه،و حینئذ فیجب حملها علی التقیه،عملا بالقاعده المذکوره،و کثرتها و صحه أسانیدها لا ینافی حملها علی التقیه إن لم یؤکد.

و بالجمله فإن کلام هذا الفاضل إنما یتمشی و یتم بناء علی هذا الاصطلاح المحدث الذی بنوا علیه،و أما علی مذهب المتقدمین فلا،کما هو ظاهر لکل ناظر،و بذلک یظهر لک أن تعجبه من الشیخ-رحمه الله علیه-مقلوب علیه.

نعم ما ذکره من الوجه الثانی متجه،إلا أن الظاهر من کلام صاحب

۱- ۱) أقول:و أعجب من ذلک ما یوجب ذلک و هل هو الا رد لاخبارهم علیهم السلام المستفیضه بذلک،نعوذ بالله من زلات الاقدام و هفوات الأقلام.(منه-قدس سره-).

الکافی و نقله ذلک أیضا عن جعفر بن سماعه أن الطلاق الـذی یوجبونه بعد الخلع لا یشترطون فیه ما ذکره الشیخ و أتباعه من إلحاقه بالصیغه،بل یکتفی بوقوعه فی العده أی وقت کان،و هذا إشکال آخر فی المسأله أیضا،و ظاهر کلام الشیخین المتقدمین أن هذا الاختلاف الذی دلت علیه هذه الأخبار کان موجودا بین أصحاب الأئمه علیهم السلام،و أن بعضهم مثل جمیل کان یقول بعدم وجوبه.و الاکتفاء بمجرد صیغه الخلع،و تلک الجماعه الذین ذکرهم الشیخ یقولون بوجوب ذلک.

و بـالجمله فالظـاهر أنه إن ثبت أن مـذهب العامه الاقتصار علی صیغه الخلع کما ادعاه الشیخ و ابن سماعه فحمل تلک الأخبار علی التقیه غیر بعید،إلا أن الظاهر من

صحیحه سلیمان بن خالد (1)المتقدمه إنما هو العکس،فإنه علیه السلام بعد أن أفتی بالاکتفاء بمجرد الخلع و أنه لا ضروره إلی الأتباع بالطلاق قال

«و لو کـان الأمر إلینـا لم نجز طلاقهـا». فإنه ظاهر کما تری فی أن الاتباع بالطلاق إنما أجازوه تقیه،و لو کان الأمر رجع إلیهم لم یجیزوا الطلاق هنـا،بل اکتفوا بالخلع،و کیف کان فالمسأله عنـدی لا تخلو من شوب الاشکال،و للتوقف فیها مجال، و الله العالم بحقیقه الحال.

ثم إنه لا یخفی أن ما اشتملت علیه حدیث[روایه]جمیل المتقدمه نقله عن الکافی من الاکتفاء فی وقوع الخلع بالسؤال من الزوج بقوله«رضیت بهـذا الذی أخذت و ترکتها؟فقال:نعم»أظهر ظاهر فی دفع ما ذکره أصحابنا-رضوان الله علیهم-فی هذا المقام من الشروط فی الصیغه،و وجوب سؤال المرأه أولا الخلع أو قبولها بعده،و نحو ذلک،و أن دائره الأمر فی هذا العقد و غیره أوسع من ذلک مضافا إلی إطلاق الأخبار الوارده فی المسأله حیث لا إشعار فی شیء منها بما

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۹۹ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۲ ب ۳ ح ۸.

ذکروه.(۱) و بذلک یظهر لک ما فی قولهم إن حقیقه الخلع هو قول الزوج ذلک مع سؤال المرأه أو قبولها،لأن السبب لا یتم إلا بهما فیکون مرکبا منهما.

قالوا:و یمکن أن یکون سؤالها شرطا فی صحته،فإن فیه أن غایه ما یفهم من أخبار المسأله أنه لا بد من تحقق ذلک من المرأه،و أما أنه یجب حال الصیغه و قول الزوج خلعتک علی کذا مقدما أو مؤخرا بحیث تکون الصیغه الموجبه للخلع مرکبه منهما أو أنه شرط فی الصحه فلا دلیل علیه بوجه کما أسلفنا ذکره فی الموضع الأول.

الثالث [فی الأخبار الداله علی أن الاکتفاء بالخلع طلاقا]

أنه علی تقدیر الاجتزاء بلفظ الخلع من غیر اتباع له بالطلاق هل یکون ذلک فسخا أو طلاقا؟المرتضی-رحمه الله علیه-و الأکثر علی الثانی،و الشیخ علی الأول.

و الأظهر ما ذهب إلیه الأکثر للنصوص الصریحه فیه کقوله علیه السلام

فی صحیحه الحلبی (۱)المتقدمه

«و خلعها طلاقها». و قول أبی عبد الله علیه السلام فی

صحیحه الحلبی أو

.

۱- ۲) الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۱ ب ۳ ح ۴.

حسنته (1)

«فإذا قالت المرأه ذلک لزوجها حل له ما أخذ منها،و کانت عنده علی تطلیقتین باقیتین،و کان الخلع تطلیقه».

و قوله علیه السلام فی صحیحه محمد بن مسلم أو حسنته (2)

«فإذا فعلت ذلک من غیر أن یعلمها حل له ما أخذ منها و کانت تطلیقه بغیر طلاق یتبعها،و کانت بائنا بذلک»الخبر.

و فی خبر أبی الصباح الکنانی (3)عن أبی عبد الله علیه السلام

«إذا خلع الرجل امرأته فهی واحده بائن،و هو خاطب من الخطاب».

و فی روایه أبی بصیر (4)عنه علیه السلام

«فإذا قالت المرأه لزوجها ذلک حل خلعها و حل لزوجها ما أخذ منها،و کانت عنده علی تطلیقتین باقیتین،و کان الخلع تطلیقه».

إلی غیر ذلک من الأخبار،و هی کما تری صریحه فی المراد عاریه عن و صمه الإیراد.

احتج فی المختلف للشیخ و أتباعه بأنها فرقه عریت عن صریح الطلاق و نیته فکانت فسخا کسائر الفسوخ،ثم أجاب عنه بأن لا استبعاد فی مساواته للطلاق، و قد دل الحدیث علیه فیجب المصیر إلیه،انتهی.

و بالجمله فإنه لا ریب فی ضعف القول المذکور بعد ما عرفت من تکاثر الأخبار بالقول الآخر،و یتفرع علی القولین عد الخلع فی الطلقات المحرمه و عدمه،فعلی القول بأنه فسخ لا یعد منها أو یجوز تجدید النکاح و الخلع من غیر حصر و لا احتیاج إلی محلل فی الثلاث،و علی القول بأنه طلاق تترتب علیه أحکام الطلاق، و هذا هو المستفاد من الأخبار المتقدمه الداله علی کونها عنده بعد الخلع علی تطلیقتین باقیتین،و أن الخلع تطلیقه.

1- 1) الکافی ج 6 ص 139 ح 1 و فیه اختلاف یسیر،الوسائل ج 15 ص 491 ب 3 ح 2.
2- 2) الکافی ج 6 ص 140 ح 3،الوسائل ج 15 ص 491 ب 3 ح 3 و فیهما اختلاف یسیر.
3- 3) الکافی ج 6 ص 140 ح 4،الوسائل ج 15 ص 488 ب 1 ح 6 و فیهما اختلاف یسیر.
4- 4) الکافی ج 6 ص 141 ح 5،التهذیب ج 8 ص 96 ح 5،الوسائل ج 15 ص 489 ب 1 ح 7.

الرابع [طلاق الفديه و الطلاق بعوض]

اشاره

اعلم أنه قد تكرر فی کلام الأصحاب-رضوان الله علیهم-ذکر طلاق الفدیه و الطلاق بعوض،و أنه تقع به البینونه کما تقع بالخلع،و لم أقف فی الأخبار علی أثر لهذا الفرد،و الموجود فیها إنما هو الخلع و المباراه.

إلا أن ظاهر الأصحاب من غیر خلاف یعرف إلا من شیخنا الشهید الثانی أنه هذا الفرد الذی ذکروه لا یخرج عن الخلع أو المباراه،فهو أمر کلی شامل لکل منهما،فهو أعم من کل منهما،و لیس بخارج عنهما،بل هو منحصر فیهما لا وجود له فی ماده غیرهما لاشتراطه بالکراهه المشترطه فیهما،فإن کانت من الزوجه خاصه فهو خلع،و إن کانت منهما معا فهو مباراه،و لما کان أعم من کل منهما فهو لا ینصرف إلی واحد منهما إلا بالنیه و القصد و اجتماع شرائط ذلک المقصود،فحیث یطلق فإن قصد به الخلع و اجتمعت شرائطه وقع خلعا،و إن قصد به المباراه و اجتمعت شرائطها وقع مباراه،و مع الإطلاق یقع البینونه به و یجوز انصرافه إلی ما اجتمع شرائطه منهما،و لو انتفت شروط کل منهما کما لو انتفت الکراهه بالکلیه فهل یقع باطلا من أصله أو صحیحا رجعیا؟قولان،یأتی الکلام فیهما إن شاء الله تعالی.

و لم نقف علی خلاف لما ذکرناه فی کلام الأصحاب إلا لشیخنا المتقدم ذکره، فإنه ذهب إلی أن الطلاق بعوض-و هو طلاق الفدیه-خارج عن الخلع و المباراه لاشتراطهما بالکراهه و عدم اشتراطه بها،فعنده تحصل البینونه و إن لم یکن ثمه کراهه.و لم یسبق إلیه غیره سابق و لا لحقه فیه لاحق من أصحابنا-رضوان الله علیهم-و ادعی دلاله الأخبار علیه،مع أنها فی الدلاله علی خلافه أوضح، و یأتی علی قوله المذکور أن الطلاق بعوض من غیر کراهه بالکلیه تقع به البینونه و قد صرح بما ذکرناه عنه فی غیر موضع من شرحه المسالک.

و فی شرح اللمعه قال-قدس سره-فی شرح قول المصنف فی الشرائع «و یقع الطلاق من الفدیه بائنا و إن انفرد عن لفظه الخلع»ما صورته:إذا وقع

الطلاق مع الفديه به سواء كان بلفظ الخلع و قلنا إنه طلاق أن أتبع به أو بلفظ الطلاق و جعله بعوض فإنه يقع بائنا لا رجعيا للنصوص الداله عليه،و قد تقدم بعضها-إلى أن قال:-و اعلم أنه مع اشتراك الخلع و الطلاق بعوض فى هذا الحكم يفترقان بأن الخلع مختص بحال كراهه الزوجه له خاصه كما انفردت المبارأه بكون الكراهه منهما،و اشتراط كون العوض بقدر ما وصل إليها،بخلاف الطلاق بالعوض فإنه لا يشترط فيه شيء من ذلك،و قال أيضا فى شرح قول المصنف فى الشرائع«فلو خالعها و الأخلاق ملتئمه لم يصح الخلع و لا يملك الفديه به.و لو طلقها و الحال هذه بعوض لم يملك العوض و صح الطلاق و له الرجعه»ما لفظه:

أما بطلان الخلع فلما تقدم من اشتراط صحته بكراهتها له،فبدون الكراهه يقع باطلا لفقد شرطه.و أما الطلاق بعوض فمقتضى كلام المصنف و الجماعه كونه كذلك لاشتراكهما فى المعنى-إلى أن قال:-و هذا إن كان إجماعا فهو الحجه، و إلا فلا يخلو من إشكال،لأن النصوص إنما دلت على توقف الخلع على الكراهه، فظاهر حال الطلاق بعوض أنه مغاير له و إن شاركه فى بعض الأحكام،انتهى.

و قال فى مبحث المبارأه فى شرح قول المصنف«و لو اقتصر على قوله أنت طالق بكذا صح و كان مباراه،إذ هى عباره عن الطلاق بعوض مع منافاه بين الزوجين»فقال-قدس سره-بعد كلام فى المقام:و ظاهر كلامهم انحصاره يعنى الطلاق بعوض فيهما يعنى الخلع و المبارأه،و اعتبار مراعاه الحال فيه،و عندى فيه نظر،و قد تقدم الكلام على مثله فى الخلع،و لو قيل بصحته مطلقا حيث لا يقصد به أحدهما كان وجها لعموم الأدله على جواز الطلاق مطلقا و عدم وجود ما ينافى ذلك فى خصوص البائن،انتهى.

و قال فى الروضه:و لو أتى بالطلاق مع العوض فقال أنت طالق على كذا مع سؤالها أو قبولها بعده كذلك أغنى عن لفظ الخلع و أفاد فائدته و لم يفتقر إلى ما يفتقر إليه الخلع من كراهتها له خاصه،لأنه طلاق بعوض لا خلع،انتهى.

ص :569

أقول-و بالله تعالى التفهم لنيل كل مقصود و مأمول-:إن ما ذكره -قدس سره-فی هذا المقام منظور فيه من وجوه:

الأول:قوله عز و جل «وَ لاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاّ أَنْ يَخافا أَلاّ يُقِيما حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاّ يُقِيما حُدُودَ اللّهِ فَلا جُناحَ عَلَيْهِما فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ» . (1)

و التقريب فی الآيه المذكوره أنها صريحه الدلاله واضحه المقاله فی عدم حل أخذه الفديه من المرأه إلا مع خوف عدم إقامه حدود الله سبحانه،بأن يظهر لزوجها ما يدل على البغض و الكراهه و النفره منه،و أنه إن لم يطلقها ارتكبت فی حقه تلك الأفعال المحرمه كما سيأتی ذكرها فی الأخبار الآتيه إن شاء الله تعالى،و قضيه ذلك أنه لا يجوز للزوج أخذ الفديه فی الطلاق بعوض كالخلع إلا مع الكراهه،و مع عدمها فلا يحل شیء من ذلك،و لا يقع الطلاق بائنا كما سيأتی التصريح به فی النصوص أيضا.

و لو قيل بأن الآيه مفسره فی الأخبار بالخلع و أنه السبب فی نزولها فلا تتناول الطلاق بعوض.

قلنا:قد عرفت فيما تقدم أن الروايه الداله على سبب النزول إنما هی من طريق العامه،فلا تقوم حجه،و مع تسليم ورودها من طرقنا لا تدل على الاختصاص إذ العبره بعموم اللفظ،و إن كان الخلع أحد من أفرادها،و لا ريب فی دخول المبارأه تحت الآيه المذكوره،بل ظهور الآيه فيها أقوى لما تضمنه من إسناد عدم إقامه الحدود إليهما معا،و ذلك إنما هو من شروط المبارأه،و من ثم حملها المحقق الأردبيلی فی آيات الأحكام على المبارأه خاصه،و هو و إن كان له وجه إلا أن كلام جمله المفسرين و تؤيده الأخبار على العدم.

و بالجمله فالنظر فی الآيه إلى عموم اللفظ،و الاستدلال إنما وقع من هذه

۱- ۱) سوره البقره-آيه ۲۲۹.

الجهه و هی مما لا ریب فیه و لا إشکال یعتریه،و التخصیص یحتاج إلی دلیل و لیس فلیس.

الثانی:الأخبار الداله علی أنه لا یحل للزوج أن یأخذ من الزوجه شیئا إلا أن تتعدی علیه بذلک الکلام القبیح الدال علی کراهتها له،و أنها لا تبین منه إلا إذا کان أخذ الفدیه علی هذا الوجه.

و منها

صحیحه محمد بن مسلم (۱)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«إذا قالت المرأه لزوجها جمله«لا أطیع لک أمرا»مفسره أو غیر مفسره حل له ما أخذ منها،و لیس له علیها رجعه». دلت الروایه بمفهوم الشرط الذی هو حجه عند المحققین،و علیه دلت الأخبار علی أنه مع عدم القول المذکور الدال علی الکراهه لا یحل له أخذ شیء منها،و له الرجعه علیها،و هو المطلوب.

الثالث:عدم الدلیل علی ما ذکره،و هو دلیل العدم کما تقرر فی کلامهم لأن الأصل فی الطلاق أن یکون رجعیا إلا ما قام الدلیل فیه علی البینونه به، و لا دلیل هنا علی ثبوت البینونه بهذا الطلاق المجرد عن الکراهه و إن بذلت له مالا بل إما أن یقع باطلا من أصله کما هو أحد القولین أو رجعیا کما هو القول الآخر،و الأخبار الداله علی البینونه فی هذا المقام منحصره فی الخلع و المباراه و لم یصرح فی شیء منها بطلاق الفدیه و لا طلاق العوض الذی هو محل البحث کما توهمه من دلاله الأخبار علی هذا الفرد،فإنه لا وجود لهذه التسمیه فی الأخبار بالکلیه.

نعم لما کان المعتبر فی الخلع و المباراه بعد اجتماع شرائط کل منهما ما یدل من الألفاظ علی المعنی الذی یدل علیه أحد ذینک اللفظین من غیر اختصاص بهما جوزنا لفظ الطلاق فی کل منهما،فکما یقع الخلع بقوله خلعتک علی کذا کذلک بقوله طلقتک علی کذا،و هکذا فی المباراه،و قد مر إلی ذلک الإشاره بما

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۴۱ ح ۶،الفقیه ج ۳ ص ۳۳۹ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۹۷ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۷ ب ۱ ح ۱.

قدمناه من أن طلاق الفديه أعم من كل منهما لا أنه فرد برأسه خارج عنهما كما توهمه-قدس سره.

الرابع:عبارات الأصحاب فى هذا الباب،فإنها متفقه النظام واضحه الانسجام على تخصيص البينونه (۱)و حل الفديه بالكراهه،و أنه مع عدمها فلا تحل الفديه و لا تبين منه.

و منها عباره المحقق فى الشرائع المتقدمه قريبا،و نحوها عباره العلامه فى القواعد حيث قال:و لو خالعها و الأخلاق ملتئمه لم يصح الخلع و لم يملك الفديه و لو طلقها حينئذ بعوض لم يملكه،و وقع رجعيا.و نحوه فى التحرير و الإرشاد و التلخيص.

و قال فى كتاب نهج الحق و كشف الصدق:ذهبت الإماميه إلى أنه إذا كانت الأخلاق ملتئمه بين الزوجين و الحال عامره،فبذلت له شيئا على طلاقها لم يحل له أخذه،و خالف أبو حنيفه و مالك و الشافعى و أحمد،و قد خالفوا قول الله تعالى «وَ لاٰ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمّٰا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاّٰ أَنْ يَخٰافٰا أَلاّٰ يُقِيمٰا حُدُودَ اللّٰهِ» و قد قال تعالى «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاّٰ يُقِيمٰا حُدُودَ اللّٰهِ فَلاٰ جُنٰاحَ عَلَيْهِمٰا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ» انتهى.

و قد صرح ابن إدريس فى تفسيره المنتخب من تفسير الشيخ-طاب ثراهما- بعدم جواز أخذ الفديه بدون خوف عدم إقامه الحدود مطلقا.

و قال فى كتاب الحاوى:و اعلم أن المدار فى جواز الفراق بالفديه على كراهه الزوجه منفرده أو مجامعه،فإن انفردت بها جازت الزياده على المهر، و صح-على قول-تجرد صيغه الخلع عن الطلاق،و سمى خلعا و إن يتلفظ به،

۱- ۱) بمعنى أن الطلاق من حيث هو لا يوجب البينونه إلا بانضمام أمر من خارج، و الا فإنه متى طلق فله الرجوع ما لم تخرج من العده لأنها تلك المده باقيه على حكم الزوجيه، و هذه قاعده مسلمه متفق عليها نصا و فتوى.(منه-قدس سره-).

و إن كانت من الزوجين لم يجز الزياده و تعينت صيغه المبارأه،و سمى مباراه و إن لم يتلفظ بها أو طلق بزائد على المهر وقعت البينونه و لم تلزم الزياده،فإن انفرد بها الزوج أو كانت الأخلاق ملتئمه حرمت الفديه و كان الطلاق رجعيا،انتهى.

و قال الشيخ جمال الدين الشيخ أحمد بن عبد الله بن المتوج البحراني-عطر الله مرقده (۱)-فى كتاب آيات أحكام القرآن:و أما الطلاق بفديه و هو أن تقول الزوجه للزوج:طلقنى على كذا،فيقول هو على الفور:فلانه على كذا طالق، و هذا إن وقع فى حال الكراهه منها فلفظه لفظ طلاق الفديه و معناه خلع يحل له أخذ ما بذلته من غير حد،و إن وقع فى حال يكون الكراهه منهما فلفظه لفظ طلاق الفديه معناه المبارأه،فلا يحل له أن يتجاوز فى الفديه قدر ما وصل إليها،انتهى.و هذه العباره كما ترى صريحه فيما قدمناه من أن طلاق الفديه لا تخرج عن الخلع و المبارأه بل هو أعم من كل منهما،و لا وجود له فى غيرهما.

و قال الشهيد فى شرح اللمعه:و لا يصلح إلا مع كراهتها،و لو لم تكره بطل البذل و وقع الطلاق رجعيا،انتهى.

و بالجمله فإن كل من تعرض للمسأله فإنه لم يذكره إلا على هذا الوجه الذى ذكرناه.

الخامس:اتفاق الأصحاب ظاهرا على أن الطلاق بعوض تتعلق به أحكام الخلع،و قد اعترف-قدس سره-بذلك فيما قدمناه من عبارته المذكوره فى مبحث المبارأه من قوله«و ظاهر كلامهم انحصاره يعنى الطلاق بعوض فيهما يعنى الخلع و المبارأه،و اعتبار مراعاه الحال فيه».

و حينئذ فإما أن يكون لدليل أو نص يدل على مساواه الطلاق بعوض الخلع فى جميع أحكامه و لكونه فردا من أفراده مندرجا إعداده،فيكون خلعا بعينه،

ص:۵۷۳

۱- ۱) و كان هذا الشيخ-قدس سره-من أفاضل تلامذه فخر المحققين ابن العلامه، و قبره الان موجود فى جزيره البحرين.(منه-قدس سره-).

و الأول منتف،فإنا بعد التتبع التام للأخبار لم نقف فيها على الطلاق بعوض و طلاق الفديه و التسميه بهذا الاسم بالكليه فضلا عن الدلاله على أن حكمه حكم الخلع أو أنه أمر خارج عنه مشارك له،و إنما وقعت هذه التسميه فى كلام الأصحاب خاصه،و حينئذ فيتعين الثانى،و وقوع هذه التسميه من الأصحاب وقعت تفريعا على أنه لا يتعين فى الخلع الاقتصار على هذه الماده،بل كلما أفاد مفادها من لفظ الطلاق و غيره يقع الخلع به بعد استجماع شرائطه كما تقدم تحقيقه.

السادس:تصريح جمله من الأصحاب بعد طلاق الفديه من الخلع كالشيخ فى المبسوط،حيث قسم الخلع إلى واقع بصريح الطلاق و إلى واقع بغيره،و جعل الأول طلاقا و خلعا،و جعل الخلاف فى الثانى هل هو طلاق أم فسخ؟قال:و أما إذا كان الخلع بصريح الطلاق كان طلاقا بلا خلاف.

و قال العلامه فى الإرشاد:و الصيغه و هى:خلعتك على كذا و أنت أو فلانه مختلعه على كذا و أنت طالق على كذا،و نحوه فى القواعد و التحرير.

و قال سبطه السيد السند فى شرح النافع:إن الطلاق بعوض من أقسام الخلع كما صرح به المتقدمون و المتأخرون من الأصحاب- ثم قال و لنعم ما قال:- و ما ذكره جدى فى الروضه و المسالك من أن الطلاق بعوض لا يعتبر فيه كراهه الزوجه بخلاف الخلع- غير جيد لأنه مخالف لمقتضى الأدله و فتوى الأصحاب، فإنا لا نعلم له فى ذلك موافقا،انتهى.

السابع:ما ذكره فى المسالك فى شرح قول المصنف«و يقع الطلاق مع الفديه بائنا.إلخ»من قوله«فإنه يقع بائنا لا رجعيا للنصوص الداله عليه».

فإن فيه أنه إن أراد بالنصوص هى نصوص الخلع كما يشير إليه قوله«و قد تقدم بعضها»فهو جيد،و لا دلاله فيه على ما يدعيه،فإن دخول الطلاق بالفديه تحت الخلع و إجزاء أحكام الخلع عليه مع استجماع شرائطه إنما هو لكونه خلعا لا لكونه طلاقا بالفديه،فإنا لا نشترط فى الخلع الإتيان بهذه الصيغه بخصوصها بل كلما

جری مجراها،و من جملته لفظ الطلاق.

و إن أراد بالنصوص المذکوره ما صرح به فی بحث المبارأه من قوله«لعموم الأدله علی جواز الطلاق مطلقا»فهو محل بحث و نظر،إذ لا یخفی علی الحاذق اللبیب و الموفق المصیب أن غایه ما تدل علیه أخبار الطلاق هو جوازه و صحته فی الجمله.

و أما أنه کالخلع و المبارأه فی کونه بائنا و یملک الزوج فیه الفدیه فلا دلاله لها بوجه إن لم تکن بالدلاله علی خلافه أنسب و إلی ما ذکرناه أقرب،لأن الطلاق من حیث هو لا یقتضی البینونه بمجرده،بل مقتضاه هو جواز الرجوع ما لم تخرج من العده،لامتداد حکم الزوجیه و بقائه إلی ذلک الوقت،و البینونه و نحوها إنما عرض له بأسباب زائده علی مجرد الطلاق.

و بالجمله فإن کلامه-قدس سره-فی هذا المقام من أفحش الأوهام، و العجب من جمله ممن عاصرناهم من علماء العراق حیث اعترفوا بما ذکره-قدس سره-فی هذه المسأله فجروا علی منواله و حکموا بصحه أقواله،و طلقوا النساء و أبانوهن من أزواجهن،و حللوا الفدیه من غیر کراهه فی البین،و الله الهادی لمن یشاء.

بقی الکلام فی أنه لو خلا-الطلاق بعوض-عن الکراهه،فعلی المشهور من عدم حصول البینونه به کما ادعاه شیخنا المتقدم ذکره،فهل یکون صحیحا رجعیا أو باطلا من أصله؟قولان،الظاهر أن المشهور الأول،و به صرح جمله ممن قدمنا کلامه کالمحقق و العلامه فی جمله من کتبه،و الشیخ منتجب الدین فی کتاب الحاوی.

و بالثانی صرح السید السند فی شرح النافع و علله بأن الطلاق الرجعی غیر مقصود و لا مدلول علیه باللفظ،إنما المقصود من لفظ الطلاق البائن،لأن الکلام إنما یتم بآخره،و الغرض إنما تعلق بذلک الطلاق الخاص،و لم یتم،فلا یتجه

صحه طلاق آخر.و بالجمله فما وقع غير مقصود،و ما قصد غير صحيح و لا واقع و العقود بالقصود.و تبعه فى هذا القول جمله ممن تأخر عنه،منهم صاحب الكفايه و شيخنا الشيخ سليمان البحرانى و تلميذه الوالد-قدس الله روحهما.

و المسأله عندى موضع توقف و إشكال لعدم النص الذى به يتضح الحال، و ما احتج به السيد المذكور من الدليل،و تبعه عليه هؤلاء الأجلاء،فهو و إن كان مما يتسارع إلى الفهم قبوله،إلا أنك قد عرفت فى غير موضع مما تقدم ما فى بناء الأحكام الشرعيه على مثل هذه التعليلات العقليه،و لا سيما و قد ورد فى جمله من النصوص ما يهدم هذه القاعده،و يزلزل ما يترتب عليها من الفائده،فإن السيد-قدس سره-و جده قبله و تبعهما جماعه ممن تأخر عنهما قد صرحوا بأن العقد المشتمل على شرط فاسد باطل من أصله،و عللوه بهذا التعليل من أن أصل العقد العارى عن الشرط غير مقصود،و القصد إنما توجه للمجموع،و هو غير صحيح،فما كان مقصودا غير صحيح،و ما كان صحيحا غير مقصود،و العقود بالقصود فيلزم بطلان العقد مع أنا رأينا جمله من النصوص الصحيحه الصريحه قد صرحت بصحه العقد و بطلان الشرط،فكيف يمكن اتخاذ ما ذكروه قاعده كليه و الحال كما ترى،و الله العالم.

تذنيب [فى تحقيق معنى الإكراه على الفديه]

هل يجب فى الكراهه المشترطه فى صحه الخلع أن تكون ذاتيه؟أم يصح و إن كانت عارضيه؟المفهوم من كلام الأصحاب كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى الثانى،و المستفاد من كلام من عاصرناه من مشايخنا فى بلاد البحرين هو الأول، و قد حظرناه فى غير موضع،و قد كانوا لا يوقعون الخلع إلا بعد تحقيق الحال و مزيد الفحص و السؤال فى ثبوت الكراهه الذاتيه و عدم الكراهه العارضيه،و السعى فى قطع الأسباب الموجبه لكراهه التى تدعيها المرأه ليعلم كونها ذاتيه غير عارضيه

فإذا تحققوا ذلك و علموا أنه لا يمكن رفعها بوجه من الوجوه أوقعوا الخلع بها،و من الظاهر أنهم إنما أخذوا ذلك من مشايخهم و أساتيدهم لحضورهم مجالسهم و حلق درسهم و سماعهم ذلك منهم مده ملازمتهم لهم و تلمذهم عليهم.

و الذى وقفت عليه بعد الفحص و التتبع لكلام الأصحاب-رضوان الله عليهم- خلاف ذلك،فإن كلامهم ظاهر فى كونها أعم من العارضيه و الذاتيه،و لكنهم لم يصرحوا بذلك فى باب و إن أشار إليه بعضهم إشاره،إلا أنهم أوضحوا ذلك فى باب الشقاق بين الزوجين فى تحقيق معنى الإكراه على الفديه.و ها أنا أسوق لك ما حضرنى من عبائرهم و كلامهم فى هذا المقام ليظهر لك صحه المناقضه لما نقلناه عن أولئك الأعلام.

قال المحقق-رحمه الله-فى كتابه الشرائع:و لو منعها شيئا من حقوقها أو أغارها فبذلت له بدلا لخلعها صح،و ليس ذلك إكراها.

قال شيخنا فى المسالك-بعد نقل هذه العباره-ما لفظه:المراد بالحق الذى منعها إياه فبذلت له الفديه لأجله الحق الواجب لها من القسمه و النفقه و نحوهما، و إنما لم يكن ذلك إكراها و إن كان محرما لأنه أمر منفك عن طلب الخلع و لا يستلزمه،بل قد يجامع إراده المقام معها،و إنما الباعث على تركه حقها ضعف دينه و حرصه و ميله إلى غيرها و نحو ذلك مما لا يستلزم إراده فراقها و لا يدل عليه بوجه،و نبه بقوله«أغارها»أى تزوج عليها،على أنه لا فرق فى ذلك بين ترك الحقوق الواجبه و غيرها،لأن إغارتها غير محرمه،و ترك شىء من حقوقها الواجبه محرم،و كلاهما لا يقتضيان الإكراه.

أما غير الحق الواجب كالتزويج عليها و ترك بعض المستحبات كالجماع فى غير الوقت الواجب و التسويه بينها و بين ضراتها فى الإنفاق و نحوه فظاهر،حتى لو قصد بذلك فراقها لتفتدى لنفسها لم يكن إكراها عليه لأن ذلك أمر سائغ.

و اقترانه بإراده فراقها لا يقتضى الإكراه.

و أما تركه الحق الواجب فلما ذكرناه من أنه بمجرده لا يدل على الإكراه بوجه،و كذا لو قصد بترك حقها ذلك و لم يظهره لها،أما لو أظهر لها أن تركه لأجل البذل كان ذلك إكراها،و أظهر منه ما لو أكرهها على نفس البذل.

و ما ذكره المصنف قول الشيخ فى المبسوط:و وافقها عليه العلامه فى الإرشاد،و فى التحرير نسب القول إلى الشيخ ساكتا عليه مؤذنا بتردده فيه أو ضعفه،و فى القواعد قيد حقوقها بالمستحبه،و مفهومه أنه لو منع الواجبه كان إكراها-و هذا القول نقله الشيخ فى المبسوط أولا عن بعض العامه،ثم قال:- الذى يقتضيه مذهبنا أنه ليس بإكراه و هو المعتمد.انتهى كلام شيخنا المذكور و هو كما ترى مع كلام المصنف صريح الدلاله فى أنه يكفى فى صحه الخلع الكراهه الحاصله من مضاره الزوج بمنع النفقه أو القسمه أو حصول التزويج عليها أو نحو ذلك من موجبات النفور و الكراهه العارضه.

و ظاهره فى المسالك أنه لا نزاع و لا خلاف فى صحه الخلع فى هذا المقام و إنما الإشكال من جهه أن ذلك يستلزم الإكراه على الفديه أم لا؟و الذى اختاره -قدس سره-و اعتمده أنه ما لم يظهر أن ترك الحقوق لأجل الفديه فليس ذلك إكراها،و حينئذ فيصح الخلع كما هو صريح عباره المصنف.

و قال أيضا فى المسالك-فى باب الخلع عند قول المصنف«و لو أكرهها على الفديه فعل حراما»-ما صورته:و لا يتحقق الإكراه بتفسيره فى حقوقها الواجبه لها من القسم و النفقه،فافتدت منه لذلك على الأقوى،إلا أن يظهر أن ذلك طلبا لبذلها،فيكون إكراها لصدق تعريفه عليه.ثم أحال ذلك على ما تقدم فى باب الشقاق،و هو ما قدمنا نقله عنه،و أشار بقوله«على الأقوى»إلى الرد على ما يفهم من ظاهر عباره القواعد،و هو الذى نقله الشيخ فى المبسوط عن بعض العامه.

و قال فى شرح اللمعه فى بحث النشوز:و ليس له منع بعض حقوقها لتبذل له مالا ليخلعها،فإن فعل فبذلت أثم و صح قبوله،و لم يكن إكراها.

و قال العلامه فی التحریر:و لو منعها بعض حقوقها أو أغارها فبذلت له مالا صح و لیس إکراها.قاله الشیخ.

و قال فی القواعد:و لو منعها شیئا من حقوقها المستحبه أو أغارها فبذلت له مالا للخلع صح،و لم یکن إکراها،و مفهومه کما صرح به فی المسالک أنه إذا منع الواجبه کان إکراها مبطلا للخلع.

و قال الشیخ أمین الإسلام الطبرسی-رحمه الله-فی کتاب مجمع البیان (۱):

و الخلع بالفدیه علی ثلاثه أوجه:

(أحدها)أن تکون المرأه عجوزا أو ذمیمه فیضار بها الزوج لتفتدی نفسها منه،فهذا لا یحل له الفداء لقوله تعالی «وَ إِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدالَ زَوْجٍ مَکانَ زَوْجٍ وَ آتَیْتُمْ إِحْداهُنَّ قِنْطاراً» (۲)الآیه.

(الثانی)أن یری الرجل امرأته علی فاحشه،فیضار بها لتفتدی فهذا جائز و هو معنی قوله تعالی «وَ لاٰ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مٰا آتَیْتُمُوهُنَّ إِلاّٰ أَنْ یَأْتِینَ بِفٰاحِشَهٍ مُبَیِّنَهٍ» . (۳)

(الثالث)أن یخافا ألا یقیما حدود الله،لسوء خلق أو قله نفقه من غیر ظلم أو نحو ذلک فیجوز لهما جمیعا الفدیه علی ما مر تفصیله،انتهی.

و الوجه الأول فی کلامه هو الإکراه علی الفدیه و هو المحرم،و الثانی ما استثنی من قاعده الخلع و هو جواز الإکراه علی الفدیه،و الثالث هو موضوع المسأله.

و ظاهر قوله«أو قله نفقه من غیر ظلم»یعطی أنه لو کان قله النفقه بقصد الإضرار بها و الظلم لها کان الخلع باطلا،و کان ذلک من قبیل الإکراه علی الفدیه و هو مطابق لظاهر عباره القواعد کما عرفت،و سوء الخلق المانع من إقامه الحدود کما یحتمل أن یکون من المرأه کذلک یحتمل أن یکون من الرجل

۱- ۱) مجمع البیان ج ۲ ص ۳۳۰.

۲- ۲) سوره النساء-آیه ۲۰.

۳- ۳) سوره النساء-آیه ۱۹.

بقرینه عطف قله النفقه علیه،و هو أظهر،و معناه أن الکراهه الحاصله لها لسوء خلق الزوج أو لفقد النفقه أو نحو ذلک.

و قال العلامه فی الإرشاد:و لو أغارها أو منعها بعض حقوقها فبذلت مالا للخلع حل و لیس بإکراه.

هذا ما حضرنی من عبائر الأصحاب فی المقام،و کلها متفقه النظام علی صحه الخلع الناشئ عن الکراهه العارضه من غیر نقل خلاف و لا توقف من أحد فی المسأله و هو مؤذن بالاتفاق علی الحکم المذکور،و کونه مسلما بینهم غیر منکور.

و أما الآیه الوارده فی الخلع و هی قوله «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاّٰ یُقِیمٰا حُدُودَ اللّٰهِ فَلاٰ جُنٰاحَ عَلَیْهِمٰا فِیمَا افْتَدَتْ بِهِ» (۱)و کذا الأخبار الوارده فی الباب،فغایه ما یستفاد منها أنه لا بد من بلوغ الکراهه إلی حد یخاف فیه عدم إقامه حدود الله تعالی فی حقه بأن تسمعه تلک الألفاظ المذکوره فی الأخبار،و هذا لا یترتب علی الکراهه الذاتیه بخصوصها کما ربما توهمه من خص الکراهه بها بل یجوز ترتبه علی الکراهه العارضه لبعض الأسباب أو بالنسبه إلی بعض الأشخاص،و لا سیما فی مقام الإغاره بالتزویج،فإنه ربما حمل ذلک المرأه علی قتل زوجها فضلا عن أن تقصده بأنواع الأذی کما نقل عن کثیر من النساء،علی أنه لم یشترط أحد فیما أعلم ممن تقدم أو تأخر البلوغ إلی هذا الحد المستفاد من هذه الأخبار و توقف الخلع علی کلامها بشیء من هذه العبارات کما عرفت من کلامهم الذی أسلفنا نقله عن جماعه منهم.

و بالجمله فحیث کان ظاهر کلمه الأصحاب علی الاکتفاء بالکراهه العارضه و ظواهر الأخبار لا تنافیه إن لم تکن مؤیده له لدلالتها بإطلاقها علی ذلک، فالقول بخلاف ذلک قول بغیر دلیل،و مشی علی غیر سبیل.

ص: ۵۸۰

۱- ۱) سوره البقره-آیه ۲۲۹.

نعم قد تقدم فی الحدیث العامی المروی فی سبب النزول ما ربما یوهم ذلک إلا أنه لا دلاله فیه علی الاختصاص بذلک الفرد و أنه لا یصح فی غیره،و الله سبحانه العالم.

فروع

الأول [فی ما لو طلبت منه طلاقا بعوض فخلعها مجردا عن لفظ الطلاق]

قالوا:لو طلبت منه طلاقا بعوض فخلعها مجردا عن لفظ الطلاق لم یقع علی القولین،و لو طلبت خلعا بعوض فطلق به لم یلزم البذل علی القول بوقوع الخلع بمجرده فسخا و یلزم علی القول بأنه طلاق أو أنه یفتقر إلی الطلاق.

و علل الأول بأن لم یأت بما طلبت فلا یستحق ما بذلت لأجله لأنها طلبت الطلاق،و هو أمر یقع به البینونه و ترفع به الزوجیه إجماعا و یقع به نقصان الطلاق فیکون جزء من المحرم،بخلاف الخلع لما قد عرفت من الخلاف فیه، فإنا إذا قلنا إنه فسخ فکونه خلاف ما طلبته واضح،و إن جعلناه طلاقا فهو طلاق مختلف فیه،و ما طلبته لا خلاف فیه،فظهر أنه خلاف مطلوبها علی القولین.

و علل الثانی و هو ما لو طلبت منه خلعا بعوض فطلق به،بأنا إن جعلنا الخلع فسخا فطلق لم یلزم البذل لأنه لم یأت بما طلبت و یقع الطلاق رجعیا إذ لا مانع من صحته کذلک فإنه غیر مشروط بالعوض و لا بالتماسها أو رضاها،و إن جعلنا الخلع طلاقا أو مفتقرا إلی الطلاق و أتبعه به لزم البذل لإتیانه بما التمسته و زیاده کما علم من السابقه.

أقول:حیث إن ما ذکروه غیر منصوص و لا مبرهن علیه بالأدله الواضحه فللمناقشه فیه مجال واسع،إذ لا یخفی علی من أعطی التأمل حقه فی الأحکام الشرعیه الدائره مدار الأدله القطعیه أنه لما کان المفهوم من نصوص هذا الباب هو أن مرجع الفراق مع البذل المشترط بالکراهه إلی وقوع صیغته بلفظ الخلع خاصه أو لفظ الطلاق خاصه أو هما معا،و أنه مع الوقوع بأحد هذه الصیغ

يقع بائنا و يملك الزوج الفديه إلى غير ذلك من أحكام الخلع،و إنما ذهب إليه الشيخ من كونه متى وقع بلفظ الخلع خاصه فهو فسخ قول مطرح بالنصوص، فهو فى حكم العدم،فللقائل أن يقول إنه إذا كان الحكم الشرعى تساوى الصيغ الثلاث فى الأحكام و انتظامها فى ذلك على أحسن نظام فلا فرق حينئذ بين أن يطلب منه طلاقا بعوض فيخلعها أو خلعا فيطلقها بالعوض،لأن مرجع الجميع شرعا إلى أمر واحد،و ليس بينهما فرق إلا باختلاف الألفاظ،و إلا فالمرجع شرعا إلى أمر واحد كما عرفت،و اختلاف الألفاظ لا يترتب عليه أثر شرعا.

و بالجمله فإنه قد أتى بما طلبته،فى كل من الصورتين،لأن المراد هو الفراق البائن الذى به تحل الفديه و هو الذى طلبته و إن عبرت بتلك العباره و هو قد أتى به،و إن عبر بعباره أخرى ترجع إلى تلك العباره شرعا.

و أما الخلاف و الوفاق فى تلك الألفاظ فلا دخل له بعد ثبوت الحكم شرعا للجميع و ترتب الحكم الشرعى على كل منهما كما هو المعتمد عندهم،و عليه دلت نصوص المسأله،و إن لم يكن ما ذكرناه هو المتعين لما عرفت فلا أقل أن يكون مساويا فى الاحتمال لما ذكروه،و به لا يتم ما اعتمدوه،و الله العالم.

الثانی [فی ما لو ابتدأ بالطلاق مصرحا بذكر العوض]

قالوا:لو ابتدأ فقال أنت طالق بألف أو عليك ألف صح الطلاق رجعيا و لم يلزمها الألف و لو تبرعت بعد ذلك بضمانها لأنه ضمان ما لم يجب، و لو دفعتها إليه كانت هبه مستأنفه،و لا تصير المطلقه بدفعها بائنه.

قال فى المسالك بعد نقل ذلك:يعتبر فى صيغه الخلع وقوعها على وجه المعاوضه بينه و بين الزوجه و يتحقق ذلك بأحد أمرين:تقدم سؤالها ذلك بعوض معين كقولها طلقنى بألف أو اخلعنى بألف فيجيبها على ذلك،و يكفى فى ظهور المعاوضه حينئذ إتيانه بالطلاق أو الخلع مقرونا بذلك العوض،و مجردا عنه مع نيته،كقوله أنت طالق بألف أو عليها أو على العوض المذكور أو خلعتك عليها أو بها،أو أنت طالقه أو مختلعه مجردا ناويا به كونه بذلك العوض لظهور

المعاوضه فیه مع تقدم ذکره من جانب الزوجه کما لو قال بعنی کذا بکذا فقال بعتک.

و الثانی:ابتداؤه به مصرحا بذکر العوض کقوله أنت طالق بألف أو خلعتک بألف أو علیها و نحو ذلک مع قبولها بعد بغیر فصل یعتد به کغیره من المعاوضات، فلو تخلف الأمران معا بأن ابتدأت السؤال بغیر عوض کقولها طلقنی فأجابها کذلک،أو أجابها بعوض و لم تجدد القبول فی محله،أو ابتدأ بذکر العوض صریحا و لم یحصل منها القبول کذلک،أو أتی بلفظ لا یدل علی العوض مع عدم تقدم سؤالها به،و إن قبلت لم یلزم العوض،بل إن کان قد أتی بلفظ الطلاق وقع رجعیا،و إن أتی بالخلع بطل،ثم أطال الکلام فی المقام.

أقول:لا یخفی علی من تأمل أخبار هذا الباب بالتأمل الصائب و نظر فیها بالذهن الثاقب أنه لا دلاله فیها علی ما ادعوه من هذا التقریر الذی قرره،و غایه ما یستفاد منها هو أنه متی حصلت المنازعه و المجادله بین الزوجین و إظهار النفور منها و التراضی علی بذل معین بأی نحو کانت تلک الألفاظ الجاریه بینهما من لفظ الخلع أو الطلاق أو غیرهما فإنه بعد تراضیهما علی فدیه مخصوصه تنخلع منه بمجرد تلک الألفاظ الجاریه بینهما،و یکون ذلک بحضور العدلین،و کونها طاهرا،و نحو ذلک مما یشترط فی الصحه.

و أما وجوب سؤالها أولا أو قبولها ثانیا و کون ذلک فوریا و نحو ذلک مما ذکروه فلا دلیل علیه إلا مجرد دعواهم ذلک فی المعاوضات و أن الخلع من جملتها، مع أنا لا نسلم لهم هذه الدعوی،فإنک قد عرفت فی کتاب البیع أنه لا یشترط فی صحته و وقوعه أزید من تراضی البائع و المشتری علی نحو مخصوص بما یتعلق بکل من المبیع و الثمن،فإنه یلزم البیع بمجرد ذلک،و ما اشترطوه من الإیجاب و القبول علی الوجوه التی قرروها و الاعتبارات التی اعتبروها فإنه لا دلیل علی شیء منها،و حدیث جمیل المتقدم أظهر ظاهر فیما ذکرناه فی الخلع،و علیه تنتظم

ص :583

أخبار الباب كملا،و لا سيما الأخبار الكثيره الداله على أنه إذا قالت تلك الأقوال المحرمه حل له ما أخذ منها و كانت عنده على تطليقتين باقيتين،فإن ظاهرها أنه بمجرد هـذه الأقوال الموجبه للكراهه و أخـذ ما بـذلته له تنخلع منه بالشـروط الأخر المعلومه من الأخبار الأخر من حضور الشاهـدين و نحوه،و ليس هنا صـيغه و لا عقد أزيد من هذه الألفاظ الجاريه بينهما التى اسـتقر رضاهما عليها و نحو ذلك فى البيع و غيره من المعاوضات كما تقدم تحقيقه فى محله.

و من أوضح الأخبار الداله على ما قلناه ما رواه

الثقه الجليل على بن إبراهيم فى تفسيره (۱)عن أبيه عن ابن أبى عمير عن ابن سـنان-يعنى عبد الله-عن أبى عبد الله عليه السـلام قال:

«الخلع لا يكون إلا أن تقول-إلى أن قـال:-فـإذا قـالت ذلك فقـد حل له أن يأخـذ منها جميع ما أعطاها و كل ما قـدر عليه مما تعطيه من مالهـا،فـإن تراضـيا على ذلـك على طهر بشـهود فقـد بـانت منه بواحـده و هو خـاطب من الخطـاب فـإن شاءت زوجته نفسها»الحديث.

و هو صريح كما ترى فى ترتب ذلك على مجرد حصول التراضى بينهما على ما وقع،و أنها تختلع منه بمجرد ذلك،و لا لفظ هنا و لا صـيغه فى البين أزيد مما استقر عليه رضاهما من الفديه بعد تحقق الكراهه بتلك الأقوال،و لا ينافى ذلك ما فى بعض أخبار المسأله من قوله عليه السلام«و لا يحل له أن يخلعها حتى تكون هى التى تطلب ذلك منه من غير أن يضر بها،و حتى تقول ما أبر لك قسما و لا أغتسل لك من جنابه.إلخ»فإنه لا دلاله فى هذا الخبر على أزيد من اشتراط طلبها الخلع و أن تكون هى المريده له و أن تقول مع ذلـك تلك الأقوال المحرمه،بمعنى أن الخلع لا يقع حتى يكون الـداعى إليه من جهتها،و أما أنه يشترط ذلك فى صيغه الخلع و لا تصح إلا به متقدما أو متأخرا فلا دلاله عليه،و سبيله سبيل

۱- ۱) تفسير القمى ج ۱ ص ۷۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۹ ب ۷ ح ۴.

الأقوال المذكوره فی اشتراطها فی صحه الخلع،إذ لیس المراد إلا توقف صحه الخلع علی صدور هذه الأقوال فی الجمله و إن لم یکن فی مجلس الخلع،و بذلک یظهر أن جمیع ما أطال به-قدس سره-هنا و کذا غیره من الأصحاب مما لا یرجع إلی طائل و لا یعود إلی حاصل،و الله العالم.

الثالث [فی ما لو قالت طلقنی بألف هل یکون الجواب علی الفور أم لا؟]

قال المحقق فی الشرائع:إذا قالت طلقنی بألف کان الجواب علی الفور، فإن تأخر لم یستحق عوضا بل کان رجعیا.

و قال الشارح فی المسالک:قد تقرر أن الخلع یشبه عقود المعاوضات أو هو من جملتها لاشتماله علی افتداء البضع بعوض مخصوص و هو یقتضی لفظا دالا علی إرادتها بذل ما تجعله عوضا،و لفظا منه یدل علی إبانتها بذلک،و کان ذلک کالإیجاب و القبول فی العقود اللازمه و لو من طرف واحد،فإن ذلک لازم من طرفه الی أن ترجع فی البذل،فلا بد من وقوعهما متعاقبین بحیث یدل علی أن أحدهما جواب للآخر و التزامه به،فإن تقدم التماسها فقالت طلقنی بألف مثلا اعتبر کون جوابه لها علی الفور بحیث لا یتخللهما زمان طویل،و لا کلام أجنبی یوجب رفع ارتباط أحدهما بالآخر،فإن تقدم لفظه فقال خالعتک علی ألف مثلا اعتبر التزامها بالألف و قبولها لها عقیب کلامه کذلک،و متی حصل التراخی بینهما طویلا علی الوجه الذی بیناه لم یستحق عوضا و وقع الطلاق رجعیا یعنی کونه صحیحا خالیا عن العوض.إلی آخر کلامه زید فی إکرامه،و علی هذا النهج کلام غیره فی المقام.

و قد عرفت ما فیه (۱)مما یکشف عن ضعف باطنه و خافیه،و إنما ذکرناها

۱- ۱) أقول:و بیان ذلک أنه قد علل الحکم المذکور بأن الخلع یشبه عقود المعاوضات ففیه أن تشبیه شیء بشیء لا یقتضی أن یکون من جمیع الجهات کما هو ظاهر قوله«و هی تقتضی لفظا دالا علی إرادتها.إلخ»و مع تسلیمه لا یدل علی وجوب کونهما متعاقبین کما ذکره بل یکفی فی الجمله،فلا بد فی إثبات وجوب التعاقب علی الوجه المذکور من دلیل،و لیس فلیس.(منه-قدس سره-).

بطوله لتطلع على العله فيما ذكروه،و أن منشأ الحكم بما ذكروه إنما هو هذه الوجوه الاعتباريه و التخريجات الفكريه التى لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعيه، سيما مع ظهور الأدله فى خلافها،فإن إطلاق أخبار الباب أظهر ظاهر فى استحقاق الفديه و البينونه بعد حصول الكراهه،و بذل المرأه لما بذلته،سواء قالت اخلعنى أو طلقنى على كذا أو لم تقل،و سواء قال هو خلعتک على كذا أو طلقتک على كذا أو نحو ذلک من الألفاظ الداله على هذا المعنى،بل و لو لم يقل شيئا كما سمعته

من كلام جميل فى حديثه (۱)،و قوله للزوج

«ما تقول رضيت بهذا الذى أخذت و تركتها؟فقال:نعم،فقال لهم جميل:قوموا». فإنه جعل جواب الرجل عما سأله و قبوله لما ذكره هو الخلع كما هو ظاهر،و الرجل المذكور من أجلاء فقهاء الأصحاب المعاصرين للأئمه الأطياب،و هو ظاهر فى أنه لم يفهم من الأئمه صلوات الله عليهم فى هذه المسأله أزيد من هذا،فلو كان لهذه الشروط التى قرروها و الاعتبارات التى اعتبروها أصل فى الحكم لما أهملها و حكم بخلافها،و لهذا لما سئل عن الاتباع بالطلاق الذى هو أحد القولين فى المسأله و عليه دل بعض الأخبار نفاه عملا بتلک الأخبار الداله على نفيه.

و بالجمله فإن جميع ما ذكروه فى هذه الفروع إنما جروا فيه على هذه التعليلات الاعتباريه التى لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعيه سيما مع ظهور الأخبار فى عدمها كما أوضحناه،و الله العالم بحقائق أحكامه و نوابه القائمون بمعالم حلاله و حرامه.

المقام الثانى فى الفديه:

اشاره

و منه مسائل

الأولى [كلما يصح أن يكون مهرا يصح أن يكون فديه]

قد صرح الأصحاب بأن كلما يصح أن يكون مهرا يصح أن يكون فديه فى الخلع،و أنه لا تقدير له فى جانب الكثره،و قد تقدم فى بحث المهر أن كلما يملكه المسلم من عين أو دين أو منفعه يصح كونه مهرا إذا

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۴۱ ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۰ ب ۳ ح ۱.

كان متمولا،و حينئذ فيصح أن يكون فديه فى الخلع و لا تتقدر الفديه فى جانب الكثره بما وصل إليها من المهر و غيره،بخلاف عوض المباراه فإنه لا يجوز أن يتجاوز به ما وصل إليها.

أقول:الظاهر أن المراد من قولهم«كلما صح أن يكون مهرا صح أن يكون فديه»إنما هو بيان أنه يجب أن يكون شيئا متمولا فى الجمله عينا كان أو دينا أو منفعه،قليلا كان أو كثيرا،و أنه لا حد له بوجه من الوجوه و لا تقييد فيه بماده من المواد بخلاف عوض المباراه كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

و من الأخبار المتعلقه بهذا المقام قوله عليه السلام

فى موثقه سماعه (۱)

«فإذا هى اختلعت فهى بائن،و له أن يأخذ من مالها ما قدر عليه،و ليس له أن يأخذ من المباراه كل الذى أعطاه». دلت هذه الروايه على الفرق بين المختلعه و المباراه بما قدمنا ذكره،و أنه لا يتقدر ما أخذه من فديه الخلع بقدر،و لا يحد بحد.

و فى روايه زراره (۲)

«فإذا قالت ذلك فقد حل له أن يخلعها بما تراضيا عليه من قليل أو كثير».

و روى زراره (۳)فى الصحيح أو الحسن عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«المباراه يؤخذ منها دون الصداق و المختلعه يؤخذ منها ما شاء أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر،و إنما صارت المباراه يؤخذ منها دون المهر و المختلعه يؤخذ منها ما شاء لأن المختلعه تعتدى فى الكلام و تتكلم بما لا يحل لها»و فى جمله من أخبار الباب«حل له ما أخذ منها»،. و بالجمله فإن الحكم مما لا إشكال فيه بعد ما عرفت.

الثانيه [لا بد فى الفديه من العلم به]

اشاره

قالوا:لا بد فى الفديه من العلم به بالمشاهده أو الوصف الرافع

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۴۰ ح ۲،التهذيب ج ۸ ص ۹۵ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۴ ب ۴ ح ۴.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۹۸ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۵ ب ۴ ح ۵.

۳- ۳) الكافى ج ۶ ص ۱۴۲ ح ۲،التهذيب ج ۸ ص ۱۰۱ ح ۱۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۳ ب ۴ ح ۱.

للجهاله،و ظاهرهم أنه يكفى العلم الجهلى بذلك بحيث يرتفع معظم الغرر و لا يجب الاستقصاء،فإن كان حاضرا فلا بد من التعيين بالإشاره كهذا الثوب و هذا العبد و هذه الصبره من الحنطه أو الوصف و القدر الذى يحصل به التعيين،سواء كان عينا شخصيه أو كليه.

و إن كان غائبا قال فى الشرائع«لا بد من ذكر جنسه و وصفه و قدره»مع أنه اكتفى فى الحاضر بالمشاهده و إن لم يعلم مقداره أو وزنه أو كليه أو زرعه فقال بعد الكلام المذكور«و يكفى فى الحاضر المشاهده»و هذا هو المطابق لما تقدم ذكره فى المهر،و هم قد خرجوا على مجرى ما تقدم فى باب المهر،و على هذا فلو بذلت له ما فى ذمته من المهر جاز و إن لم تعلم قدره،لأن ذلك متعين فى نفسه و إن لم يكن معلوما لها،و يأتى على ما ذكره المحقق فى الشرائع من أن الغائب لا بد من ذكر جنسه و وصفه و قدره عدم الصحه،لأن هذا من قبيل الغائب الذى لا يصح الخلع إلا بعد معرفه مقداره،و بهذا صرح فى المسالك،و بالأول صرح سبطه فى شرح النافع،و يتفرع على أصل المسأله و اعتبار هذا الشرط ما لو خلعها على ألف و أطلق و لم يذكر المراد من تلك الألف جنسا و لا وصفا و لا قصدا و لا نيه فإنه لا يصح الخلع لعدم التعيين المانع من حملها على بعض دون بعض-و الجهاله.

و لو اتفقا على قصد معين بأن قصدت ألف درهم و قصد هو كذلك قال فى المسالك:صح و لزمهما ما قصداه،و إن لم يجز ذلك فى غيره من المعاوضات كالبيع لأن المقصود أن يكون العوض معلوما عند المتعاقدين،فإذا توافقا على شىء بالنيه كان كما لو توافقا بالنطق.

هذا هو الذى اختاره المصنف و العلامه،و قبلهما الشيخ فى المبسوط و هو الذى يقتضيه قوله«و لا قصد فسد الخلع»لأن مفهومه صحته مع قصده،و سيأتى فى مسائل النزاع ما ينبه عليه أيضا.

ثم قال:و يحتمل فساد الخلع بإهمال ذكر الجنس الوصف و إن كان قصداه

كما لا يصح ذلك فى غيره من عقود المعاوضات،و على المشهور فلو قالت بذلت مالى فى ذمتك أو ما عندى أو ما أعطيتنى من الأسباب و نحو ذلك مع علمها بقدره و وصفه صح،و لو وقع البيع على مثل ذلك لم يصح،بل لا بد فيه من التلفظ بما يعتبر تعيينه من الجنس و الوصف و القدر،و هذا من الأمور المحتمله فى هذا الباب من الغرر دون غيره من المعاوضات المحضه،انتهى.

و اعترضه سبطه هنا فى شرح النافع فقال:و ما ذكره من عدم صحه البيع على مثل ذلك غير واضح،و المتجه الصحه فى الموضعين.

أقول:لا يخفى أن روايات هذا الباب و منها ما تقدم قريبا فى سابق هذه المسأله مطلقه بالنسبه إلى الفديه لا تعرض فى شيء منها بتصريح و لا إشاره إلى ما ذكروه من اشتراط ما يشترط فى البيع و المعاوضات فى الخلع،و غايه ما يفهم منها أن كلما تراضيا عليه من المال و نحوه صح به الخلع معلوما كان فى نفسه أو مجهولا.نعم لا بد من أن يكون متفقا عليه بينهما معلوما لكل منهما ليقع الرضا به و أن لا يكون مما يتعقبه الخلاف و النزاع،ففى بعض أخبار المسأله زياده على ما تقدم«حل له أن يأخذ منها ما وجد»و فى آخر«فقد طاب له ما أخذ منها»و فى ثالث«حل له أن يأخذ منها جميع ما أعطاها،و كلما قدر عليه مما تعطيه من مالها»الحديث.

و الجميع كما ترى ظاهر فيما قلناه واضح فيما ادعيناه،فعلى هذا لا إشكال فى صحه الخلع على الأشياء المشاهده المشار إليها كهذا العبد و هذا الثوب و هذه الصبره من الحنطه أو الشعير و نحو ذلك مما لم يعلم قدره بالجمله،و كذا يجوز على ما فى الذمه من مهر و غيره إذا تراضيا به معلوما كان مقداره أو مجهولا.

إلحاق

لو بذلت له مائه درهم أو مائه دينار و لم تكن حاضره مشارا إليها انصرف ذلك إلى الرائج من نقد تلك البلد فى ذلك الوقت إن اتحد،و إن تعدد فإن كان

ثمه نقد غالب حمل علیه،لأن المعاملات تنزل علی النقد الغالب،و الخلع مما یرجع إلی المال کسائر المعاملات،و لا فرق فی الغالب بین کونه ناقص الوزن عن الدراهم الشرعیه أو زائده،و لا بین کونه مغشوشا أو خالصا،و لو تعدد و لم یکن فیها غالب وجب التعیین و بطل الإطلاق کغیره من المعاوضات لاستحاله الترجیح من غیر مرجح،و لو کان هناک نقد غالب أو نقد متحد فعینا غیره و تراضیا علیه صح،لأن المرجع فی ذلک إلیهما کما لو بذلت غیر النقد،کذا صرح به فی المسالک،و هو جید لأن المرجع فی البذل إلی ما تراضیا علیه،و أن یکون معلوما علی وجه لا یتطرق إلیه النزاع بعد ذلک،و لا یتحقق فیه الاختلاف بینهما.

الثالثه:لو وقع الخلع علی ما لا یملکه المسلم

کالخمر و الخنزیر و علم الزوج بذلک فالظاهر أنه لا خلاف فی بطلان الخلع،لأن من شرط الفدیه أن یکون مالا مملوکا للمرأه،قالوا:لأنه عوض عن حق البضع فلا بد من صلاحیته للمعاوضه و الأظهر الاستدلال بما تقدم فی الأخبار من کونه من مالها کما تکاثرت الدلاله علیه،و ما عللوه به یکون وجها للنص.

إنما الخلاف فی وقوعه طلاقا رجعیا و به قال الشیخ فی المبسوط لاشتماله علی أمرین الطلاق و العوض،فإذا بطل أحدهما بقی الآخر کما لو لو اختل أحد الشرائط.

و فصل المحقق (۱)فقال:إن ما ذکره الشیخ حق إن اتبع بالطلاق، و إلا کان البطلان أحق،انتهی.

و توضیحه علی ما ذکره فی المسالک:إنه مع الاقتصار علی الخلع و عدمه الاتباع بالطلاق لا یتحقق صحه الطلاق مع فساد العوض لأن الخلع الذی یقوم

۱- ۱) أقول:و بما ذکره المحقق-قدس سره-هنا من التفصیل صرح العلامه-قدس سره-فی القواعد،و الظاهر أنه المشهور بین المتأخرین.(منه-قدس سره-).

مقـام الطلاـق أو هو الطلاـق ليس إلاـ اللفـظ الـدال على الإبـانه بـالعوض،فبـدونه لا يكون خلعا،فلا يتحقق رفع الزوجيه بائنا و لا رجعيـا،و إنمـا يتم إذا أتبعه بالطلاـق ليكونـا أمرين متغـايرين لاـ يلزم من فسـاد أحـدهما فساد الآخر،فيفسـد حينئـذ الخلع لفوات العوض و يبقى الطلاق المتعقب له رجعيا لبطلان العوض الموجب لكونه بائنا،قال:و هذا أقوى.

أقول:و فيه أن ما اختاره هنا من صـحه الطلاق رجعيا ينافى ما صـرح به فى غير موضع مما تقدم من أن العقد المشتمل على شرط فاسـد يجب أن يكون باطلا،لأن الواقع غير مقصود،و العقود بالقصود،و ما قصـد غير واقع،فإنه آت فى هـذا المقام،إذ القصـد هنا إنمـا توجه إلى الخلع بهـذا البـذل و البينونه به و لم يتعلق بمجرد الطلاـق الرجعى،فالطلاـق الرجعى غير مقصود،و المقصود و هو البائن غير صـحيح و لا واقع لعدم البذل،فإن وجوده هنا كعدمه.و من هنا ينقدح قول ثالث و هو البطلان مطلقا.هذا إذا كان عالما كما تقدمت الإشاره إليه.

أمـا لو كـان جاهلاـ بعـدم مـاليته كمـا لو ظنه خلا فبان خمرا،أو ظنه عبـدا فظهر حرا،فظاهر الأصـحاب كما صـرح به المحقق فى الشرائع و العلامه فى القواعد هو صحه الخلع و كان له بقدر الخمر خلا كما لو أمهرها ذلك فظهر كونه كذلك.

و علله فى المسالك قال:لأن تراضـيهما على المقـدار من الجزئى المعين الـذى يظنان كونه متمولا يقتضـى الرضا بالكلى المنطبق عليه،لأن الجزئى مسـتلزم له فالرضا به يستلزم الرضا بالكلى،فإذا فات الجزئى لمانع عدم صلاحيته للملك بقى الكلى و لأنه أقرب إلى المعقود عليه.

ثم قال:و لم ينقلوا هنا قولا فى فساده و لا فى وجوب قيمته عند مستحليه كما ذكروه فى المهر مع أن الاحتمال قائم فيه.

أما(الأول)فلفقد شرط صحته و هو كونه مملوكا و الجهل به لا يقتضى الصحه،كما لو تبين فقد شرط فى بعض أركان العقد.

و أما(الثانی)فلأن قیمه الشیء أقرب إلیه عند تعذره،و لأن المقصود من العین مالیته،فمع تعذرها یصار إلی القیمه لأنه لا مثل له فی شرع الإسلام،فکان کتعذر المثل فی المثلی حیث یجب،فإنه ینتقل إلی قیمته،و لو ظهر مستحقا لغیره فالحکم فیه مع العلم و الجهل کما فصل،انتهی.

أقول:و المسأله من أصلها غیر خالیه من شوب الاشکال لعدم النص الواضح فی هذا المجال،و بناء الأحکام الشرعیه علی هذه التعلیلات العقلیه و إن اشتهر بینهم، إلا أنه محض مجازفه فی أحکامه سبحانه التی استفاضت الآیات و الروایات بالعلم فیها من الکتاب العزیز أو السنه المطهره سیما مع تعارض التعلیلات المذکوره و قد تقدم فی بحث المهور نقل الخلاف فی صحه العقد علی هذه الأشیاء و بطلانه و أنه علی تقدیر القول بالصحه فما الواجب عوض هذه الأشیاء؟علی أقوال ثلاثه و لیس لهم فی هذه المقاله إلا مجرد العلل الاعتباریه،فکل من ذهب منهم إلی قول علله بوجه اعتباری کما هنا،و الحکم عندی فی الجمیع مرجوع إلی صاحب الأمر صلوات الله علیه و علی آبائه الطاهرین،و إنما نقلت مثل ذلک هنا و فی غیر هذه المواضع للوقوف علی مذاهب الأصحاب و احتجاجاتهم فی هذه الأبواب.

الرابعه [فی حکم بذل الفدیه من الضامن المتبرع]

لا خلاف فی صحه بذل الفدیه من المرأه فإنه مورد الآیه و الأخبار و مثلها و کیلها الباذل لذلک من مالها لرجوع ذلک بالأخره إلیها،و لدخوله تحت الآیه،أعنی قوله «فَلاٰ جُنٰاحَ عَلَیْهِمٰا فِیمَا افْتَدَتْ بِهِ» (1)و بذل وکیلها من مالها بإذنها فی معنی بذلها.

و ألحق فی المسالک بالوکیل الضامن له بإذنها من ماله لیرجع به علیها، قال بعد ذکر الوکیل:و کذا بذله ممن یضمن فی ذمته بإذنها،فیقول للزوج طلق زوجتک علی مائه و علی ضمانها،و الفرق بینه و بین الوکیل أن الوکیل یبذله من مالها بإذنها،و هذا یبذل من ماله بإذنها لیرجع علیها بما یبذله بعد ذلک،فهو فی

1- 1) سوره البقره-آیه 228.

معنى الوكيل الذى يدفع العوض عن الموكل من ماله ليرجع إليه،فدفعه له بمنزله إقراضه لها،و إن كان بصوره الضمان،انتهى.

أقول:و يعترينى فى هذه الصوره المذكوره إشكال من استفاضه الأخبار بكون البذل من مالها،ففى موثقه سماعه المتقدمه«و يأخذ من مالها ما قدر عليه»

و فى صحيحه عبد الله بن سنان المنقوله فى تفسير الثقه الجليل على بن إبراهيم

«فقد حل له أن يأخذ منها جميع ما أعطاها،و كلما قدر عليه مما تعطيه من مالها»الحديث.

و فى جمله من الأخبار«حل له ما أخذ منها»و نحو ذلك مما يدل صريحا على أن المأخوذ من مال الزوجه،و القول بذلك فى الوكيل إنما هو من حيث كون المدفوع من مالها بإذنها و إن اختلف الدافع.

أما فى صوره الدفع من ماله و إن كان بقصد الرجوع عليها فإنه لا يدخل تحت هذه الأخبار إلا بنوع تكلف و اعتبار،و الأصل بقاء الزوجيه و العصمه فيها و من الجائز أن يكون لمالها خصوصيه فى ذلك دون مال غيرها و إن رجع به عليها.

و بالجمله فالقول بذلك غير خال من وصمه الاشكال لخروجه عما صرحت به نصوص المسأله،و كيف كان فالصورتان الأولتان مما لا خلاف فيهما و لا إشكال.

إنما الخلاف فى صحته من المتبرع بالبذل من ماله،بأن يقول للزوج:

طلق امرأتك بمائه من مالى بحيث يكون عوضا للخلع،و الأشهر الأظهر العدم،لأن الأصل بقاء النكاح حتى يعلم المزيل شرعا و ليس فليس.

و أنت خبير بأنه لا-فرق بين هذه الصوره و الصوره الملحقه سابقا إلا-فى الرجوع بعد الدفع كما فى الاولى و عدمه كما فى الثانيه،و إلا فالبذل فى كلتا الصورتين إنما هو من مال الباذل.

و رد هذه الصوره-بأصاله بقاء النكاح حتى يعلم المزيل و لم يعلم كون الدفع من مال الباذل مع عدم الرجوع به مزيلا للنكاح،لعدم وجود ذلك فى أدله المسأله-جار أيضا فى الصوره الملحقه،فإن أصاله النكاح ثابته،و الدفع من مال

أجنبى غير رافع للنكاح و إن كان بنيه الرجوع،لما عرفت من اختصاص النصوص بكون المدفوع من مالها.

و مما يؤيـد ما ذكرناه من عـدم صـحه هاتين الصورتين الأخبار الـداله على جواز رجوعها فيما بذلته،و أن للزوج الرجوع فيها،فإن ظاهرهـا اختصـاص الرجوع بمـا بـذلته،و هى فى هـاتين الصورتين لم تبـذل شـيئا،و إنمـا بـذله ذلـك الأـجنبى،غـايه الأمر أن فى إحداهما على وجه الرجوع و أنه يكون قرضا عليها،و هذا لا يصدق به الرجوع فيما بذلته إلا بنوع من التأويل و التكلف البعيد.

و يؤيد ما ذكرناه أيضا ظاهر الآيه-أعنى قوله «فَلاٰ جُنٰاحَ عَلَيْهِمٰا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ» -و هى فى هاتين الصورتين لم تفتد بشـىء،و إنما فـداها الأـجنبى و بموجب ظـاهر الآـيه لاـ تحـل الفـديه للزوج لبقائه تحت الجناح بحيث إنها لم تفتـد،و الجناح إنما ارتفعت عما افتدت به دون ما فداها الغير إلا بارتكاب التأويلات البعيده و التكلفات الغير السديده.

و بالجمله فالحكم المذكور غير خال عندى من الاشكال،و ذكر جمله من الأصحاب أن المخالف فى هذه المسأله من أصحابنا غير معلوم على التعيين،إلا أنه مـذهب جمهور الجمهور،و ربما علل بأن البـذل افتـداء،و هو جائز من الأجنبى كما تقع الجعاله منه على الفعل لغيره و إن كان طلاقا.

ورد بأن البذل المتنازع فى صحه ما اقتضى جعل الطلاق معه خلعا لتترتب عليه أحكامه المخصوصه لا مجرد بذل المال فى مقابله الفعـل على وجه الجعـاله، كـأن يقول:طلق زوجتـك و على ألف من مالى مثلا،فإن الفرض هنا صـحه وقوع الطلاق،و لا مانع من صحته و لاـ من صـحه الجعـاله عليه،لكن لاـ يشترط هنـا فى إجـابته المقـارنه لسؤاله و لا الفوريه،و يكون الطلاق رجعيا من هـذه الجهه، انتهى و هو جيد.و كيف كان فضعف القول المذكور أظهر من أن يخفى.

قيل:و لو قلنا بصحه الخلع الواقع مع بذل الأجنبى فهل للأجنبى أن يرجع

بالبـذل مـا دامت فى العـده؟يحتمـل ذلـك كما فى بـذل الزوجه،و يحتمل قويا عـدم جواز الرجوع هنا مطلقا،اقتصارا فيما خالف الأصل على موضع اليقين و هو رجوع الزوجه فيما بذلته خاصه.

أقول:و حيث علم أن أصل القول المذكور لا وجه له و لا دليل عليه،فالتفريع عليه مما لا وجه له و لا سبيل إليه.

و فى هـذا المقام جمله من الفروع ذكرها الأصـحاب-رضوان الله عليهم- أعرضـنا عن ذكرها لعـدم النصوص الـداله عليها و عدم الاعتماد عنـدنا على هـذه التعليلات الاعتباريه،فـذكرها مجرد تطويل بغير طائل فليرجع إليها من أحب الوقوف عليها فى مطولات الأصحاب،و الله العالم (۱).

المقام الثالث فى الشرائط:

اشاره

و هى إما أن تتعلق بالخالع أو المختلعه أو تكون خارجه عنهما،فهنا مواضع ثلاثه:

الأول:ما يتعلق بالخالع

،و يشترط فيه البلوغ و كمـا العقـل و الاختيـار و القصـد،و الوجه فى ذلـك أن الخلع طلاق كما تقـدمت الإشاره إليه،فيشترط فى الخالع ما يشترط فى المطلق،و قد تقدم تحقيق القول فى هذه الشروط فى كتاب الطلاق فلا وجه لإعاده الكلام فيها.

قـالوا:و لو خالع ولى الطفل،فإن جعلنا الخلع طلاقا أو مفتقرا إلى أن يتبع بالطلاق لم يصـح مطلقا لما تقـدم من أنه ليس للولى أن يطلق عن الصبى و إن وجد مصـلحه،و إن جعلناه فسـخا كما هو القول الآخر صح،و روعى فى صـحته المصلحه،لأنه حينئذ بمنزله المعاوضه عنه و هى جائزه مع المصلحه،فلا فرق حينئذ بين خلعه بمهر المثل أو أقل،لأن المصلحه هى المسوغه للفعل.

الثانى:ما يتعلق بالمختلعه

،و يشترط فيها مع الدخول بها أن تكون فى

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۴۳ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۷ ب ۶ ح ۳.

طهر لم يقربها فيه إذا كان زوجها حاضرا و كان مثلها تحيض،و أن تكون الكراهه منها خاصه.

أما(الأول)فلما تقدم تحقيقه فى كتاب الطلاق،لأن الخلع طلاق كما عرفت،و قد تقدم اشتراط ذلك فيه موضحا فيشترط هنا أيضا،و يرجع فى توضيحه إلى ما تقدم،قالوا:و يشترط فيه ذلك و إن قلنا بكونه فسخا لدلاله الأخبار على أنه لا يكون خلع إلا على طهر.

أقول:و التحقيق أن ذكر هذا القول-أعنى القول بكون الخلع فسخا- لا-وجه له فى هذه المواضع و لا التفريع عليه لما تقدم من بيان ضعفه،و ظهور الأخبار الصحاح الصراح فى رده و تصريح الأخبار هنا باشتراط كون الخلع على طهر إنما خرج بناء على تلك الأخبار الداله على كونه طلاقا لا فسخا.

و من الأخبار الداله على اشتراط كونه على طهر ما رواه

الكلينى (۱)فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«لا طلاق و لا خلع و لا مباراه و لا خيار إلا على طهر من غير جماع».

و ما رواه

الكلينى (۲)أيضا فى الصحيح عن محمد بن إسماعيل قال:

«سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأه تبارئ زوجها أو تختلع منه بشاهدين على طهر من غير جماع،هل تبين منه؟فقال:إذا كان ذلك على ما ذكرت فنعم».

و ما رواه

فى التهذيب (۳)عن محمد بن إسماعيل بن بزيع فى الصحيح قال:

« سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأه تبارئ زوجها أو تختلع منه بشهاده شاهدين على طهر من غير جماع،هل تبين منه بذلك؟أو هى امرأته ما لم يتبعها بالطلاق.

فقال:تبين منه»الحديث. و قد تقدم فى الأخبار الداله على أن الخلع لا يتبع بالطلاق و ما رواه

فى الكافى (۴)عن عبد الرحمن بن الحجاج فى الصحيح قال:

«سألت

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۴۳ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۷ ب ۶ ح ۳.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۴۳ ح ۷.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۹۸ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۲ ب ۳ ح ۹.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۴۳ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۶ ب ۶ ح ۱.

أبا عبد الله علیه السلام:هل یکون خلع أو مباراه إلا بطهر؟فقال:لا یکون إلا بطهر».

و ما رواه

فی التهذیب (1)عن محمد بن مسلم و أبی بصیر فی الموثق

«قالا:قال أبو عبد الله علیه السلام:لا اختلاع إلا علی طهر من غیر جماع».

و عن زراره و محمد بن مسلم (2)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«الخلع تطلیقه بائنه و لیس فیه رجعه،قال زراره:لا یکون إلا علی مثل موضع الطلاق،إما طاهرا و إما حاملا بشهود».

و عن ابن رئاب (3)قال:

«سمعت حمران یروی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

لا یکون خلع و لا تخییر و لا مباراه إلا علی طهر من المرأه من غیر جماع»الحدیث،.

و سیأتی تمامه قریبا إن شاء الله تعالی.

و أما(الثانی)و هو کون الکراهه منها خاصه فلما استفاض فی الأخبار من أنها لا تختلع حتی تقول تلک الأقوال المحرمه الداله علی کمال کراهتها و نفرتها من زوجها.

و منها زیاده علی ما تقدم ما رواه

فی الکافی و الفقیه (4)فی الصحیح عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«المختلعه لا یحل خلعها حتی تقول لزوجها:و الله لا أبر لک قسما و لا أطیع لک أمرا و لا أغتسل لک من جنابه،و لأوطئن فراشک من تکرهه و لآذنن علیک بغیر إذنک،و قد کان الناس یرخصون فیما دون هذا،فإذا قالت المرأه ذلک لزوجها حل له ما أخذ منها،و کانت عنده علی تطلیقتین باقیتین،و کان الخلع تطلیقه،و قال:یکون الکلام من عندها».

1- 1) التهذیب ج 8 ص 100 ح 15،الوسائل ج 15 ص 497 ب 6 ح 5.

2- 2) التهذیب ج 8 ص 100 ح 17،الوسائل ج 15 ص 497 ب 6 ح 6.

3- 3) التهذیب ج 8 ص 100 ح 13،الوسائل ج 15 ص 497 ب 6 ح 4.

4- 4) الکافی ج 6 ص 139 ح 1،الفقیه ج 3 ص 338 ح 2،التهذیب ج 8 ص 95 ح 1، الوسائل ج 15 ص 487 ب 1 ح 3 و ما

فى الفقيه و الوسائل اختلاف يسير.

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن سماعه فی الموثق قال:

«سألته عن المختلعه فقال:

لا یحل لزوجها أن یختلعها حتی تقول:لا أبر لک قسما و لا أقیم حدود الله فیک و لا أغتسل لک من جنابه و لأوطئن فراشک و لأدخلن بیتک من تکره من غیر أن تعلم هذا و لا یتکلمونهم،و تکون هی التی تقول ذلک،فإذا هی اختلعت فهی بائن و له أن یأخذ من مالها ما قدر علیه»الحدیث.

و ما رواه

فی الکافی (۲)عن محمد بن مسلم فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«المختلعه التی تقول زوجها:اخلعنی و أنا أعطیک ما أخذت منک،فقال:

لا یحل له أن یأخذ منها شیئا حتی تقول:و الله لا أبر لک قسما و لا أطیع لک أمرا و لآذنن فی بیتک بغیر إذنک و لأوطئن فراشک غیرک،فإذا فعلت ذلک من غیر أن یعلمها حل له ما أخذ منها،و کانت تطلیقه بغیر طلاق یتبعها،و کانت بائنا بذلک،و کان خاطبا من الخطاب».

إلی غیر ذلک من الأخبار الجاریه علی هذا المنوال فی اشتراط مشروعیه الخلع بأمثال هذه الأقوال،و هو فی غایه الاشکال و الإعضال.

و بظاهر هذه الأخبار و ما دلت علیه من هذا الاشتراط أفتی الشیخ و غیره من المتقدمین حتی قال ابن إدریس فی کتابه:إن إجماع أصحابنا منعقد علی أنه لا یجوز الخلع إلا بعد أن یسمع منها ما لا یحل ذکره من قولها:لا أغتسل لک من جنابه و لا أقیم لک حدودا و لأوطئن فراشک من تکرهه،و یعلم ذلک فعلا، انتهی.

و یشکل ذلک بما لو لم تنته الکراهه إلی هذا المقدار،فإنه بموجب هذه

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۴۰ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۹۵ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۸ ب ۱ ح ۵.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۴۰ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۹۵ ح ۳،و فیه اختلاف یسیر، الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۸ ب ۱ ح ۴.

الأخبار لا يجوز خلعها،بل أن الـذى شاهدناه من مشايخنا (۱)بل هو ظاهر متأخرى أصـحابنا هو الاكتفاء بما هو دون هذه المرتبه. (۲)

و يشـكل أيضـا بمـا لو لم تقـل أمثال هـذه الأقوال،فإن النصوص على كثرتها متفقه على أنه لا يحل أخـذ شـيء منها،و لا يصـلح خلعهـا حتى تقول ذلـك،حتى أنهـا دلت على أنه لاـ بـد أن تكون تلـك الأـقوال منها دون أن يعلمها غيرها،و المفهوم من كلام متأخرى الأصـحاب عـدم اشتراط ذلك لأنهم جعلوا مناط الخلع حصول الكراهه منها،و لم يشترط أحد منهم الإتيان بهذه الأقوال بالفعل،بل كلما دل على الكراهه من لفظ أو فعل أو نحو ذلك فهو كاف فى صحه الخلع و ترتيب أحكامه عليه.

و لم أقف على من تنبيه لهذين الإشـكالين فى المقام إلا السيد السند فى شرح النافع،فإنه تنبه للإشكال الأول منهما،فقال بعد نقل كلام ابن إدريس المذكور:

و على هـذا فيشـكل وقـوع الخلـع فى كـثير الموارد إذا لم يعلم وصول الكراهه من الزوجه إلى هـذا الحـد.انتهى،و قـد غفـل عن الإشـكال الثـانى مع أنه أشـد و أعضـل، فـإن كثيرا من النسـاء و إن كرهن كراهه تـامه إلا أنهن لا يهتـدين إلى هـذه الأقوال و لا أمثالها،و النصوص كما ترى ظاهره فى اشتراطها و كذا ظاهر كلام ابن إدريس.

۱- ۱) حيث انهم قـد صـرحوا بأنه لو منعها شـيئا من حقوقها الواجبه كالقسـمه و النفقه فبذلت له مالا ليخلع صح خلعها،و ان فعل محرما الا أنه منفک عن الخلع،و كذا لو أغارها و تزوج عليها فبذلت له مالا للخلع منه فإنه يصح خلعها،و من المعلوم أن الكراهه الحاصله بهذه الأمور لا تبلغ الى تلك المرتبه المذكوره فى الاخبار كما هو ظاهر.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) قال بعض مشايخنا-رضوان الله عليهم-:أى كان عمل فقهاء الصـحابه و التابعين الرخصه فى الخلع أو فى الأخـذ منها زائـدا على ما أعطيت بأقل من هذا النشوز و هذه الأقوال،انتهى.(منه-قدس سره-).

و بالجمله فالمسأله عندی غیر خالیه من شوب الاشکال،و حیث قد عرفت أن الخلع طلاق کما دلت علیه النصوص المتقدمه و إن لم یتبع بالطلاق،فاللازم من ذلک هو لحوق أحکام الطلاق له،و قد تقدم فی کتاب الطلاق جواز طلاق الحامل فی الدم إن قلنا بأنها تحیض،و کذا طلاق التی لم یدخل بها و إن کانت فی الحیض و کذا الیائسه و إن وطأها فی طهر المخلعه،و حینئذ یصح خلع هؤلاء الثلاث فی المواضع الثلاثه کما یصح طلاقهن،و نقل عن بعض أصحابنا أنه حکم بعدم جواز خلع الحامل إن قلنا إنها تحیض إلا فی طهر آخر غیر طهر المواقعه بخلاف الطلاق.

قال فی شرح النافع بعد نقل هذا القول:و هو مجهول القائل و المأخذ،أقول:

و ضعفه ظاهر مما قدمناه.

الثالث:ما هو خارج عن الأولین

،و منه الاشهاد،فیتبعه فی صحه الخلع حضور شاهدین عدلین،و قد تقدم فی الأخبار قریبا ما یدل علیه.

و یدل علیه أیضا ما رواه

الشیخ (1)عن علی بن رئاب قال:

«سمعت حمران یروی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:لا یکون خلع و لا تخییر و لا مباراه إلا علی طهر من غیر جماع و بشاهدین یعرفان الرجل و یریان المرأه و یحضران التخییر و إقرار المرأه علی أنها علی طهر من غیر جماع یوم خیرها،قال:فقال محمد بن مسلم:أصلحک الله ما إقرار المرأه ها هنا؟قال:قال:یشهد الشاهدان علیها بذلک للرجل حذرا أن تأتی بعد فتدعی أنه خیرها،و هی طامث فیشهدان علیها بما سمعا منها و إنما یقع علیها الطلاق إذا اختارت نفسها قبل أن تقوم.و أما الخلع و المباراه فإنه یلزمها إذا أشهدت علی نفسها بالرضا فیما بینها و بین زوجها بما یفترقان علیه فی ذلک المجلس،فإذا افترقا علی شیء و رضیا به کان ذلک جائزا علیهما، و کانت تطلیقه بائنه لا رجعه له علیها سمی طلاقا أو لم یسم،و لا میراث بینهما فی

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۹۹ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۷ ب ۶ ح ۴ و فیه اختلاف یسیر.

العده،قال:و الطلاق و التخيير من قبل الرجل،و الخلع و المبارأه يكون من قبل المرأه».

أقول:مـا دل عليه هـذا الخبر من اشتراط معرفه الشاهـدين للرجـل و المرأه بمعنى العلم بهما لم أقف على من صـرح به إلا السـيد السـند فى شـرح النـافع،و قـد تقـدم الكلاـم معه فى هـذه المسـأله فى الركن الرابع فى الاشـهاد من كتـاب الطلاـق، و ظاهر الخبر المـذكور مؤيـد لما قدمنا ذكره من عدم اشتراط صـيغه خاصه للخلع أو المبارأه،بل كلما دل على الرضا بهما من الألفاظ الجاريه بينهمـا فهو كـاف فى صـحه الخلع و ترتب أحكـامه عليه،فـإنه ينـادى بظـاهره أنهما إذا تراضـيا على شـىء و افترقا عليه من ذلك المجلس و كان ذلك التراضـى بحضور الشاهـدين مع اسـتكمال باقى الشـرائط فإنه يكون خلعا،و هذا نحو ما وقع فى خبر جميل المتقدم ذكره.

و منه ما ذكروه من أنه يشترط تجريده من الشـرط،و المراد الشـرط الذى لا يقتضيه العقد،أما لو اقتضاه كما لو اشترط الرجوع إن رجعت فى البذل فإنه لا بأس به،بل اشتراطه فى التحقيق كلا اشتراط.فإن هذا الحكم ثابت له اشتراط أو لم يشترط.

أما ما لا يقتضـيه العقد فظاهر السـيد السـند فى شرح النافع (١)نقل الاتفاق على عـدم جواز اشتراطه،قال:و يـدل عليه أصاله عـدم البينونه مع الخلع المعلق على الشرط السالمه عما يخرج عنه.

أقول:لا يخفى ما فى هذا التعليل العليل من الوهن سيما مع معارضته بعموم ما دل على مشروعيه الخلع الشامل لما كان مشروطا أو غير مشروط،و الكلام فى هذه المسأله يجرى على ما تقدم فى كتاب الطلاق من أنه يشترط تجريد الطلاق

١- ١) قال-قدس سـره-:و أما أنه يعتبر فيه تجرده من الشرط الذى لا يقتضيه العقد فمقطوع به فى كلام الأصحاب،و ظاهرهم أنه موضع وفاق،انتهى.(منه-قدس سره-).

من الشرط،و ظاهرهم الاتفاق على الحكم المذكور فى الموضعين،و هو الحجه عندهم،و إلا فما ذكر من التعليلات فى كل من الموضعين عليله لا يصلح لتأسيس حكم شرعى.

و ظاهر جمله من الأصحاب و منهم شيخنا فى المسالك التوقف فى الحكم المذكور فى الطلاق،و قد تقدم البحث فيه مستوفى،و هو الظاهر منه أيضا فى هذه المسأله حيث قال:الكلام فى اشتراط تجريده عن الشرط كالكلام فى الطلاق من أنه مذهب الأصحاب،و دليله غير صالح،و عموم الأدله الداله على مشروعيته يتناول المشروط و ورود النص بجواز تعليق الظهار على الشرط يؤنس بكونه غير مناف للصحه فى الجمله،إلا أن الخلاف هنا غير متحقق،فإن تم فهو الدليل،انتهى.

أقول:و يؤيد الصحه مع الشرط عموم الأدله الداله على وجوب الوفاء بالشرط (۱)

«و أن المؤمنين عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حلل حراما». و بالجمله فالمسأله محل توقف،و الاحتياط يقتضى الوقوف على القول المشهور،و الله العالم.

و من الشروط المقتضيه لبطلان العقد عند الأصحاب و هى التى ليست من مقتضيات العقد ما لو قال:خالعتك إن شئت،فإنه لا يصح و إن شاءت لأنه شرط ليس من مقتضى العقد،و كذا لو قال:إن ضمنت لى ألفا أو إن أعطيتنى أو نحو ذلك،و كذا:متى أو مهما أو أى وقت أو أى حين،قالوا:و ضابطه أن يكون أمرا متوقعا بعد الصيغه علقت عليه يمكن وجوده و عدمه،و الله العالم.

المقام الرابع فى الأحكام:

اشاره

و فيه مسائل

الاولى [لو أكرهها على الفديه]

قالوا:لو أكرهها على الفديه فعل حراما،و لو طلق به صح الطلاق و لم تسلم له الفديه و كان له الرجعه.

أقول:هذا الكلام يتضمن حكمين:(أولهما)أنه بإكراهه لها على الفديه

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۴۶۷ ح ۸۰،الوسائل ج ۱۲ ص ۳۵۳ ب ۶ ح ۵ و فيهما اختلاف يسير.

فعل محرما و لا يملك الفديه،و الوجه فيه ظاهر لقيام الأدله العقليه و النقليه بأنه

«لا يحل مال امرئ إلا بإذنه». و يتحقق الإكراه عليها بتوعده إياها بما لا تحتمله أو لا يليق بحالها من ضرب و شتم و نحوهما،لا بالتقصير في حقوقها الواجبه من النفقه و القسم فتعتدى منه لذلك فإنه لا يعد إكراها،لأنه ربما يكون الحامل عليه ضعف دينه و حرصه على المال.نعم لو ظهر لها أنه إنما فعل ذلك لتفتدى منه فهو إكراه لصدق تعريفه عليه،و قد تقدم في بحث الشقاق من كتاب النكاح ما يشير إليه.

و(ثانيهما)أنه حيث يتحقق الإكراه على البذل فإن كان الواقع طلاقا كما ذكروه و يكون من قبيل الطلاق بعوض صح الطلاق خاصه و فسد البذل لعدم صحه كونه عوضا و كان له الرجعه كما في سائر أفراد الطلاق،و يحتمل بطلان الطلاق لعدم توجه القصد إليه إلا بالفديه و هي باطله،فما قصد غير صحيح،و ما هو صحيح لم يتوجه إليه قصد،و قد تقرر أن العقود بالقصود.

و إن كان الواقع خلعا و إن لم يتعرض له في العباره المتقدمه كان باطلا، و إن قلنا إنه طلاق فلا يكون رجعيا لأن ماهيته لا تتحقق بدون صحه البذل عند الأصحاب.

الثانيه [في ما لو خلعها و الأخلاق ملتئمه]

قد صرحوا-رضوان الله عليهم-بأنه لو خلعها و الأخلاق ملتئمه لم يصح الخلع و لم يملك الفديه،و لو طلقها و الحال هذه بعوض صح الطلاق،و لا يملك العوض و له الرجعه.

أقول:أما عدم صحه الخلع في هذه الحال فظاهر،لأن من شروطها وقوع الكراهه،و الفرض أنه لا كراهه كما هو المراد من التئام الأخلاق،و إذا لم يصح الخلع لم يملك الفديه،ثم إنه لا يخفى أن التعبير بالتئام الأخلاق هنا عن عدم الكراهه الموجبه لصحه الخلع إنما خرج مخرج الغالب،و ذلك فإن الكراهه أمر نفسي يمكن مجامعتها لالتئام الأخلاق،فيمكن أن تكرهه و تحسن السلوك

ص:603

معه امتثالا ـ للأوامر الشرعيه،و القيام بما هو الواجب عليها من حقوقه،و لكن لما كان ذلك على خلاف الغالب و الطريقه الجاريه بين الناس لم يلتفت إليه الأصحاب و بنوا الأمر على الغالب،و فى كلام العقلاء و الظاهر أنه فى بعض الأخبار

«ما أضمر أحدكم شيئا إلا أظهره الله تعالى على صفحات وجهه و فلتأت لسانه».

و فى المقام حكايه يناسب ذكرها و هو أن رجلا مرض مرضا شديدا،و كان له زوجه تقوم عليه و تخدمه خدمه فائقه لم ير مثلها فى الأزواج،فلما من الله عليه بالصحه قال لزوجته:إن لك على حقا من أعظم الحقوق أحب أن أكافيك به و اجازيك عليه،و هو أنك قد خدمتنى سيما فى هذا المرض خدمه زائده، فاطلبى ما تريدين،فإنه لا بد لى من مكافاتك،فقالت له:إله عن هذا،فإنى لا أطلب شيئا،فألح عليها و أكد تمام التأكيد بحيث إنها لم تجد دفعا له،فقالت إن كان و لا بد فإنى أطلب الطلاق منك،فتعجب الرجل غايه العجب،و قال:

إنك بهذه المحبه التى تظهر منك بهذه الخدمه العظيمه فى الصحه و المرض كيف تطلبين الطلاق؟فقالت:اعلم إنى منذ تزوجت بك فإنى كارهه لك تمام الكراهه و إنما كانت هذه الخدمه منى امتثالا لأمر الله سبحانه فى القيام بما أوجبه على من حقوقك،و الظاهر أن الرجل أجابها إلى الطلاق بعد ذلك.

ثم إن ما ذكروه من قولهم«و لو طلق صح الطلاق.إلخ»فالمراد أنه لو لم يقع بلفظ الخلع و إنما وقع بلفظ الطلاق بعوض فإن الطلاق يكون صحيحا، و لكنه يصير رجعيا لا بائنا،و لم تسلم له الفديه لما عرفت من الأخبار المتكاثره المتقدمه من أن الفديه لا تحل إلا بتلك الأقوال المنكره التى هى كنايه عن مزيد الكراهه،و المفروض هنا أن الأخلاق ملتئمه،هذا هو المشهور،و قيل:

بالبطلان،و قد تقدم الكلام فى ذلك فى آخر الموضع الرابع من المقام الأول فى الصيغه،و يأتى على ما ذهب إليه شيخنا الشهيد الثانى كما قدمنا البحث فيه معه فى الموضع المذكور أنه يقع الطلاق هنا موقع الخلع و يترتب عليه ما يترتب على

البینونه و استحقاق البذل و نحو ذلک،و قد عرفت ما فیه.

الثالثه [فی حکم عضلها إذا أتت بفاحشه مبینه لتفتدی نفسها]

قد صرحوا-رضوان الله علیهم-بأنه یجوز عضلها إذا أتت بالفاحشه لتفتدی نفسها،و قیل:بأنه منسوخ و الأکثر علی العدم.

أقول:الأصل فی هذا الحکم قوله عز و جل «وَ لاٰ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مٰا آتَیْتُمُوهُنَّ إِلاّٰ أَنْ یَأْتِینَ بِفٰاحِشَهٍ مُبَیِّنَهٍ» (۱)و العضل لغه المنع و التضییق،و المراد هنا التضییق بالمنع من التزویج و سوء العشره معها لتفتدی منه.

قال فی المسالک:و اختلف فی الفاحشه المستثناه بسببها،فقیل:هو الزنا، و قیل:ما یوجب الحد مطلقا،و قیل:کل معصیه،و کون الحکم علی خلاف الأصل ینبغی معه الاقتصار علی محل الوفاق،و هو الأول لأنه ثابت علی جمیع الأقوال،انتهی.

أقول:أما الفاحشه الموجبه لإخراج الزوجه المذکوره فی قوله عز و جل «لاٰ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُیُوتِهِنَّ وَ لاٰ یَخْرُجْنَ إِلاّٰ أَنْ یَأْتِینَ بِفٰاحِشَهٍ مُبَیِّنَهٍ» (۲)فقد تقدم (۳)ذکر الخلاف فیها،و الأخبار المتعلقه بها و أکثر الأخبار علی أن المراد منها إیذاء أهلها و سوء خلقها معهم،و فی روایه الزنا،و فی ثالثه أنها السحق لا الزنا و أما الفاحشه فی هذه الآیه فلم أقف علی اختلاف الأقوال فیها إلا فیما ذکره هنا و من المحتمل قریبا أنه بنی علی تلک الأقوال التی تقدمت فی تلک الآیه.

و أما ما یتعلق بهذه الآیه من الأخبار فلم أقف فیه إلا علی ما ذکره أمین الإسلام الطبرسی-طیب الله مرقده-فی کتاب مجمع البیان (۴)حیث قال:

۱- ۱) سوره النساء-آیه ۱۹.

۲- ۲) سوره الطلاق-آیه ۱.

۳- ۳) تقدم ذلک فی المسأله الاولی من المقام الثانی فی اللواحق و هو آخر کتاب الطلاق.(منه-قدس سره-).و الصحیح هو المقام الثامن راجع ص ۵۲۳ من هذا الجزء.

۴- ۴) مجمع البیان ج ۳ ص ۲۴.

«إِلاّـ أَنْ يَأْتِينَ بِفٰاحِشَهٍ مُبَيِّنَهٍ» أی ظاهره:و قیل:فیه قولان(أحدهما)یعنی إلا أن یزنین،عن الحسن و أبی قلابه و السندی و قالوا:إذا اطلع منها علی زینه فله أخذ الفدیه.(و الآخر)أن الفاحشه النشوز،عن ابن عباس،و الأولی حمل الآیه علی کل معصیه،و هو المروی عن أبی جعفر علیه السلام و اختاره الطبری،انتهی.

و لیس فی المقام غیر هذه الروایه فیتعین الحمل علیها،إلاـ أنه من المحتمل قریبا تفسیر الفاحشه هنا أیضا بما دلت علیه تلک الأخبار المتقدمه من تلک الأقوال القبیحه التی إذا قالتها المرأه حل له ما أخذه منها و حل له خلعها،و لکن هذا فی الحقیقه یرجع إلی ما دل علیه الخبر المتقدم من أنها کل معصیه،فإنه أحد أفراد المعاصی فلا یکون خارجا عنه.

و بما ذکرنا یظهر لک ما فی کلامه-قدس سره-من الإشکال،فإن العمل فی تفسیر الآیه و بناء الأحکام الشرعیه علی ذلک إنما هو علی الأدله الشرعیه و الحجج الواضحه الجلیه،لا علی مجرد الأقوال،لیرجح منها ما هو المتفق علیه من تلک الأقوال و إن عرت عن الاستدلال.

و أما ما ذکر من القول بأنها منسوخه فهو قول ذکره الشیخ فی المبسوط و تبعه فیه بعض من تأخر عنه،و الظاهر أنه من أقوال العامه کما نبه علیه شیخنا فی المسالک. (۱)

قالوا:إن هذه الآیه منسوخه بقوله تعالی «الزّٰانِیَهُ وَ الزّٰانِی فَاجْلِدُوا کُلَّ وٰاحِدٍ مِنْهُمٰا مِائَهَ جَلْدَهٍ» (۲)و إنه کان قبل نزول الحدود للرجل أن یعضل الزانیه لتفتدی

۱- ۱) قال-قدس سره-و نعم ما قال:و اعلم أن القول الذی حکاه المصنف من کون الایه منسوخه تبع فیه الشیخ فی المبسوط،و هو قول بعض العامه،و أما أصحابنا فلا یعرف ذلک لهم و لم ینقله أحد من الأصحاب عنهم،و لکن الشیخ فی المبسوط یحکی أقوالهم و یختار منها ما ترجح عنده،و قد نقل القول بکونها منسوخه بقوله:و قیل و هو ضعیف المستند. انتهی.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) سوره النور-آیه ۲.

نفسها،فلما نزلت الحدود حرم أخذ المال بالإكراه.

و أنت خبير بأنه لا وجود لهذه الأخبار المبنی علیها هذا القول فی شیء من أصولنا،و الموجود فی أخبارنا فی تفسیر هذه الآیه أن الفاحشه فیها إنما هی بمعنی کل معصیه کما عرفت لا بخصوص الزنا،و بالجمله فالقول المذکور غیر ملتفت إلیه و لا معول علیه.

الرابعه [فی أنه متی صح الخلع و اجتمعت شرائطه کانت فرقه بائنه و حکم الرجوع فی البذل]

اشاره

لا ریب فی أنه متی صح الخلع و اجتمعت شرائطه کانت فرقه بائنه لا رجعه للزوج فیها إلا أن ترجع هی فیما بذلت إذا کان رجوعها فی العده،فإنه مع رجوعها یکون الطلاق حینئذ رجعیا،فإن شاء الرجل أن یرجع رجع.

فأما ما یدل علی البینونه بذلک علی الوجه المذکور فجمله من الأخبار، منها قوله علیه السلام

فی صحیحه محمد بن مسلم (۱)

«المختلعه التی تقول لزوجها:اخلعنی -إلی أن قال علیه السلام:-فإذا فعلت ذلک من غیر أن یعلمها حل له ما أخذ منها و کانت تطلیقه بغیر طلاق یتبعها،و کانت بائنه بذلک،و کان خطابا من الخطاب».

و فی روایه أبی الصباح الکنانی (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا خلع الرجل امرأته فهی واحده بائنه،و هو خاطب من الخطاب».

و فی صحیحه محمد بن مسلم (۳)عن أبی جعفر علیه السلام

«حل له ما أخذ منها و لیس له علیها رجعه».

و أما ما یدل علی کونه رجعیا متی رجعت هی فی العده فمنه

صحیحه محمد ابن إسماعیل (۴)بن بزیع عن الرضا علیه السلام قال فیها

«تختلع منها بشهاده شاهدین

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۴۰ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۹۵ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۸ ب ۱ ح ۴.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۴۰ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۹۵ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۸ ب ۱ ح ۶.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۴۱ ح ۸،التهذیب ج ۸ ص ۹۷ ح ۷،الفقیه ج ۳ ص ۳۳۹ ح ۴، الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۶ ب ۵ ح ۳.

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۹۸ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۲ ب ۳ ضمن ح ۹ و فیهما اختلاف یسیر.

على طهر من غير جماع،و هل تبين منه بذلك أو هى امرأته ما لم يتبعها بالطلاق؟ فقال:تبين منه،و إن شاءت أن يرد إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت»الحديث.

و موثقه الفضل أبى العباس (۱)عن أبى عبد الله،عليه السلام قال:

«المختلعه إن رجعت فى شىء من الصلح يقول:لأرجعن فى بضعك».

و فى صحيحه عبد الله بن سنان (۲)المرويه فى تفسير الثقه الجليل على بن إبراهيم القمى.رحمه الله-عن أبى عبد الله عليه السلام و قد تقدم صدرها (۳)قال فيها

«و إن تراضيا على ذلك على طهر بشهود فقد بانت منه بواحده و هو خاطب من الخطاب،فإن شاءت زوجته نفسها،و إن شاءت لم تفعل،فإن تزوجها فهى عنده على ثنتين باقيتين،و ينبغى له أن يشترط عليها كما يشترط صاحب المباراه:

إن ارتجعت فى شىء مما أعطيتنى فأنا أملك ببضعك،و قال:لا خلع و لا مباراه و لا تخيير إلا على طهر من غير جماع بشهاده شاهدين عدلين،و المختلعه إذا تزوجت زوجا آخر ثم طلقها يحل للأول أن يتزوجها،و لا رجعه للزوج على المختلعه،و لا على المبادله إلا أن يبدو للمرأه فيرد عليها ما أخذ منها».

و فى هذه الروايه الأخيره و كذا صحيحه ابن بزيع ما يدل على الأمرين على البينونه بالخلع و كونه رجعيا بعد رجوعها.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن المشهور أن للمرأه الرجوع ما دامت فى العده فإذا رجعت كان للزوج الرجوع فى نكاحها إن شاء،صرح به الشيخ و غيره.

قال فى النهايه:و تكون تطليقه بائنه لا يملك رجعتها،اللهم إلا أن ترجع المرأه فيما بذلته من مالها،فإن رجعت فى شىء من ذلك كان له الرجوع أيضا فى

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۱۰۰ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۹ ب ۷ ح ۳.

۲- ۲) تفسير القمى ج ۱ ص ۷۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۹ ب ۷ ح ۴.

۳- ۳) أقول:تقدم ذلك فى الفرع الثانى من الفروع الملحقه بالمقام الأول فى الصيغه.(منه-قدس سره-).راجع ص ۵۸۴ من هذا الجزء.

بضعها ما لم تخرج من العده،فإن خرجت من العده ثم رجعت فی شیء مما بذلته لم یلتفت إلیها و لم یکن له علیها أیضا رجعه،و إن أراد مراجعتها قبل انقضاء عدتها إذا لم ترجع هی فیما بذلت أو بعد انقضائها کان ذلک بعقد مستأنف و مهر جدید.

و هذا الکلام دال بإطلاقه علی جواز رجوعها فی البذل سواء اشترطت ذلک فی العقد أم لا،و سواء اختار الرجل ذلک أم لا،و ظاهر ابن حمزه أنه مع الإطلاق و عدم اشتراط رجوعها و رجوعه فلا بد من تراضیهما معا بالرجوع و اتفاقهما علیه،فلو لم یرض الزوج بالرجوع لم یکن لها الرجوع،بناء علی أن الخلع عقد معاوضه،فیعتبر فی صحته تراضیهما،و مع التقیید فالحکم کما ذکره الشیخ إذا کان فی العده.

قال ابن حمزه علی ما نقله عنه فی المختلف:یجوز أن یطلقا الخلع و أن تقید المرأه بالرجوع فیما افتدت به،و الرجل الرجوع فی بضعها،فإن أطلقا لم یکن لأحدهما الرجوع بحال إلا برضا الآخر،و إن قیدا لم یخل إما لزمتها العده أو لم تلزم،فإن لزمتها جاز الرجوع ما لم تخرج من العده،فإن خرجت منها أو لم تلزم العده لم یکن لهما الرجوع بحال إلا بعقد جدید و مهر مستأنف.

و اختار هذا القول السید السند فی شرح النافع،و قبله جده فی المسالک و مراده بمن لم تلزمها العده ما لو کانت صغیره أو یائسه أو غیر مدخول بها و من تمت عدتها،و فی معناها العده البائنه کعده المطلقه الثالثه،و ظاهره أنه مع التقیید،فجواز رجوعها لازم لجواز رجوعه،فلو لم یمکنه الرجوع لکون العده بائنه کأن تکون الطلقه ثالثه أو کانت غیر مدخول بها و نحوهما مما تقدم فإنه لا یجوز لها الرجوع،و ظاهر الأخبار المتقدمه،فإنها ظاهره کالصریحه فی إمکان رجوعه لقوله فی صحیحه ابن بزیع«و تکون امرأته»و قوله فی موثقه الفضل «لأرجعن فی بضعک»و نحوهما الروایه الثالثه إذ لا یصدق شیء من ذلک فیما إذا کانت العده بائنه،کما أنه لا یصدق بعد خروج العده،إلا أنه لا إشعار فی شیء منها

بصوره التقیید کما ذکروه،بل ظاهرها أعم من ذلک کما هو ظاهر عباره الشیخ فی النهایه.

و کیف کان فالظاهر من الأخبار المتقدمه هو اتفاقهما و تراضیهما علی الرجوع شرط أحدهما أم لم یشترط،و إن کان الأولی الاشتراط کما دل علیه الخبر الثالث.

و یظهر الخلاف من کلامی الشیخ و ابن حمزه فی أنه مع الإطلاق لو رجعت المرأه فی بذلها و لم یرض الرجل بذلک فإنه لا یصح رجوعها علی قول ابن حمزه المتقدم،لأنه اشترط فی جواز رجوعها تراضیهما معا علیه،بناء علی أنه عقد معاوضه،فیعتبر فی فسخه رضاهما.و أما علی قول الشیخ،فإنه یصح لأن غایه ما دلت علیه الأخبار هو جواز رجوعه بعد رجوعها،فالشرط إمکان رجوعه فی صحه رجوعها،و إن لم یعتبر رضاه.

و بالجمله فالأولی الوقوف علی ظاهر الأخبار المذکوره کما أشرنا إلیه.

[تنبیهات]

اشاره

بقی الکلام هنا فی مواضع

الأول [برجوعها فی البذل هل تترتب علیها أحکام الرجعه مطلقا]

أنک قد عرفت أنه برجوع المرأه فی البذل تصیر العده رجعیه بعد أن کانت بائنه قبل ذلک،و حینئذ فهل تترتب علیها أحکام العده الرجعیه مطلقا کوجوب النفقه و السکنی و تحدید عده الوفاه لو مات فی هذه العده و نحو ذلک أم لا؟إشکال ینشأ من أن کونها عده رجعیه یقتضی ذلک إذ لا معنی للعده الرجعیه إلا ما یجوز للزوج الرجوع فیها،و هو یقتضی بقاء الزوجیه الموجبه للأحکام المذکوره،و من أنها ابتدأت علی البینونه و سقوط هذه الأحکام،فعودها بعد ذلک یحتاج إلی دلیل،و الأصل یقتضی استصحاب الحکم السابق،و لا یلزم من جواز رجوعه علی هذا الوجه کونها رجعیه مطلقا لجواز أن یراد بالرجعیه ما یجوز للزوج الرجوع فیها مطلقا کما هو الظاهر،و أما قبل رجوعها فلا شبهه فی انتفاء أحکام الرجعیه عنها.

أقول:لا ریب أن الأنسب بالقواعد الشرعیه و الضوابط المرعیه-و إن لم یوجد نص فی خصوص هذه المسأله بالکلیه-هو الوجه الأول من الاحتمالین

المـذكورين،فتجب هـذه الأشـياء المعـدوده و نحوهـا و منه مـا لو مات الرجل و المرأه فی تلک الحال،و الظاهر أنه لا خلاف فی ثبوت التوارث من الطرفین.

و مما یؤید ذلک قوله علیه السلام

فی صحیحه ابن بزیع المتقدمه (۱)

«و إن شـاءت أن یرد علیهـا مـا أخـذ منهـا و تکون امرأته.إلـخ». فإنه ظاهر فی أنها برجوعها فی البـذل تکون امرأته،بمعنی ملک رجعتها،کما أن المطلقه فی العـده الرجعیه کذلک (۲)و قضـیه ذلک ترتب الأحکام المـذکوره علی رجوعها،و جمیع ما علل به الوجه الثانی معلول.

أما قوله«إنها ابتدأت علی البینونه.إلخ»ففیه أن العده و إن کانت ابتداؤها علی البینونه و سـقوط تلک الأحکام إلا أنه برجوعها فی البـذل قـد تغیر الحکم من البینونه إلی الرجعیه،فبتبدل الحکم المذکور تبدلت الأحکام المترتبه علی کل منهما،و بذلک یظهر ما فی قوله الأصل یقتضـی استصـحاب الحکم السابق و أی أصل هنا مع تبـدل الحکم الأول إلی نقیضه لأنها أولا کانت عده بائنه و الآـن صـارت عـده رجعیه،و مقتضـی الأصل استصـحاب أحکام العـده الرجعیه.(۳) قـوله«و لاـ یلزم من جـواز رجـوعه علی هـذا الوجه.إلـخ»مردود،بـأنه أی مـانع یمنـع من أن الشـارع یحکم بـالبینونه و مـا یـترتب علیهـا قبـل رجوع المرأه فی البـذل،ثم یحکم بالرجعه و ما یترتب علیها بعد الرجوع فیه،و جواز أن یراد

ص: ۶۱۱

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۹۸ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۲ ب ۳ ضمن ح ۹.

۲- ۲) لا بمعنی أنها تصیر امرأته حقیقه،لأنها لا تکون کذلک الا بعد رجوعه فیها إذا رجعت فی البذل.(منه-قدس سره-).

بالرجعيه ما يجوز للزوج الرجوع فيها مطلقا بمعنى رجعت أو لم ترجع خلاف للظاهر لأنك قد عرفت أن هذه العده قد اتصفت بالبينونه و الرجعيه باعتبارين، فبالنظر إلى عدم رجوع الزوجه بالبذل فهى بائنه لا ـ يجوز للزوج الرجوع فيها كما صرحت به الأخبار،و باعتبار رجوعها فيه قد انقلب الحكم و تغير إلى نقيضه من الرجعيه،و يترتب على كل منهما أحكامه الشرعيه،و ظاهره فى المسالك الميل إلى الوجه الثانى،و فيه ما عرفت.

الثانى:هل يجوز للرجل أن يتزوج أخت الزوجه التى خلعتها؟

و كذا هل يجوز أن يتزوج برابعه أم لا؟وجهان بل قولان،أظهرهما الأول لتحقق البينونه التى من فروعها ذلك.

و عليه يدل بالنسبه إلى تزويج الأخت ما رواه

ثقه الإسلام (1)فى الصحيح عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أ يحل له أن يخطب أختها من قبل أن تنقضى عده المختلعه؟قال:نعم قد برئت عصمتها، و ليس له عليها رجعه».

و علل القول بالمنع بأنه عقد متزلزل فى حكم الرجعى،و لأنه على تقدير تقدم ذلك ثم رجوعها يصير جامعا بين الأختين و أزيد من العدد الشرعى.

و ضعف التعليل الأول أظهر من أن يخفى إذ لا تزلزل مع ثبوت البينونه به و كونه يصير رجعيا بعد رجوعها لا يوجب منع إجراء أحكام البينونه عليه قبل الرجوع،و لا يوصف بالتزلزل فى تلك الحال الاولى.

و أما الثانى فهو مبنى على تجويز الرجوع لها،و سيأتى ما فيه،ثم إنه على تقدير ما اخترناه من جواز التزويج فهل للزوجه الرجوع فى البذل بعد تزويجه بأختها أو أخذ الرابعه،أم لا؟وجهان،أقربهما الثانى لما تقدم من أن

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۴۴ ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۴ ب ۱۲ ح ۱.

رجوعها مشروط بإمكان رجوعه،و هو فی هذه الحال لا یمکنه الرجوع إلیها.

و ما قیل من أنه یمکن إزالته بتطلیق الأخت و الرابعه بائنه فله الرجوع حینئذ لزوال المانع مردود،بأن ظاهر الأخبار الداله علی الانقلاب رجعیا بعد رجوعها أنها بمجرد رجوعها فی البذل صارت امرأته من غیر توقف علی أمر آخر و هذا لا تصیر امرأته بمجرد ذلک،کما لا تصیر ذات الطلقه الثالثه و الغیر المدخول بها امرأته بمجرد الرجعه،فإذا لم تصر امرأته بمجرد رجوعها فی البذل امتنع رجوعه،و قد عرفت أنه متی امتنع رجوعه فیها امتنع رجوعها فی البذل.

الثالث:هل یجوز لها الرجوع فی بعض ما بذلته؟

وجهان،اختار ثانیهما السید السند فی شرح النافع حیث قال:و الأظهر أنه لیس للمرأه الرجوع فی بعض ما بذلته.

و قال فی المسالک:لو رجعت فی البعض خاصه هل یصح الرجوع و یترتب علیه صحه رجوعه؟لم أقف فیه علی شیء یعتد به،و فیه أوجه کل منها محتمل:

(أحدها)جواز الرجوع،و یترتب علیه رجوعه.أما الأول فلما اتفق علیه الأصحاب من أن البذل غیر لازم من جهتها،فکما یصح لها الرجوع فی الجمیع یصح فی البعض لأن الحق لها،فلها إسقاط الجمیع فإن عدم الرجوع فی قوه الإسقاط،إذ لا یلزم منه رجوع العوض الآخر بل جوازه،و أما الثانی فلأنه مترتب علی رجوعها،و قد حصل.

و فی روایه أبی العباس (۱)ما یرشد إلیهما،لأنه قال

«المختلعه إن رجعت فی شیء من الصلح یقول:لأرجعن فی بضعک». و هو صریح فی الاکتفاء بالبعض و ترتب رجوعه علیه.

و(الثانی)المنع فیهما.أما الأول فلأن جوازه یقتضی صیروره الطلاق رجعیا

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۰۰ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۹ ب ۷ ح ۳.

و إنما تصير رجعيا إذا لم يشتمل على عوض،و العوض باق فى الجمله،إذ لا فرق فيه بين القليل و الكثير،و من ثم لو جعل ابتداء ذلك القدر الباقى بل أقل منه كفى فى البينونه،فالجمع بين كون الطلاق رجعيا و بقاء العوض فى مقابله متنافيان.

و فى صحيحه ابن بزيع (۱)ما يرشد إليه،لأنه قال

«و إن شاءت أن يرد إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت». و هى العمده فى الباب لصحتها،و ظاهرها اعتبار رد الجميع لأن ما من صيغ العموم فلا يترتب عليه الحكم بالعوض.

و(ثالثها)جواز رجوعها دونه.أما الأول فلما تقرر من أن البذل من جهتها جائز فيتخير فى الرجوع.و أما الثانى فلأن بقاء شىء من العوض مانع من رجوعه و هو حاصل هنا،و أضعفها الأخير لما يظهر من تلازم الأمرين حيث لا يكون المانع من قبله و هو هنا ليس كذلك،و لأن هذا لو صح لزم الإضرار به بأن ترجع فى أكثر البذل،و تبقى شيئا يسيرا لتمنعه من الرجوع،و هو منفى،و لا وسيله له إلى إسقاطه بخلاف ما تقدم،و الوسط لا يخلو من قوه،انتهى.

أقول:لا يخفى أن المسأله المذكوره محل توقف و إشكال.أما بالنظر إلى التعليلات العقليه فلما عرفت من تصادمها و تقابلهما مع ما عرفت من أنها و إن خلت من ذلك لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعيه.

و أما بالنظر إلى الروايات فلتعارضها أيضا بحسب الظاهر،فإن ظاهر صحيحه ابن بزيع كما ذكره تخصيص الحكم بالرجوع فى الجميع فلا يكفى الرجوع فى البعض،و مثلها قوله عليه السلام فى آخر صحيحه

عبد الله بن سنان (۲)المتقدم نقلها عن تفسير الثقه الجليل على بن إبراهيم

«إلا أن يبدو للمرأه فيرد عليها ما أخذ منها».

و ظاهر روايه أبى العباس كما ذكره صحه الرجوع منها و منه برجوعها فى البعض لقوله«إن رجعت فى شىء من الصلح-يعنى البذل-يقول:لأرجعن»و الظاهر

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۹۸ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۲ ب ۳ ضمن ح ۹.
۲- ۲) تفسير القمى ج ۱ ص ۷۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۹ ب ۷ ح ۴.

أن شيخنا المذكور و سبطه إنما اختارا ما دلت عليه صحيحه ابن بزيع من حيث صحه الروايه المذكوره و ضعف الأخرى.

و فيه أن ما دلت عليه روايه أبى العباس قد ورد فى صحيحه عبد الله بن سنان المذكوره لقوله عليه السلام فيها«و ينبغى له أن يشترط عليها كما يشترطه صاحب المباراه:و إن ارتجعت فى شىء مما أعطيتنى فأنا أملك ببعضك»و مثل هذه العباره فى كثير من أخبار المباراه،و منها الصحيح و غيره،و سيأتى قريبا إن شاء الله تعالى، و بذلك يظهر لك الاشكال.

و يمكن الجمع بين هذه الأخبار بحمل«من»فى هذه الأخبار على البيانيه دون التبعيضيه،و الظاهر أنه هو الذى فهمه الأصحاب من هذه الأخبار حيث إن جميع ما دل على رجوع المرأه فى البذل فى باب المباراه إنما عبر عنه بهذه العباره، مع اتفاقهم على تخصيص الحكم بالرجوع فى الكل،و لم يذكر أحد منهم-لا فى الخلع و لا فى المباراه-الرجوع فى البعض،و إنما وقع الكلام فيه من شيخنا المذكور و من تأخر عنه كما أشار إليه بقوله«لم أقف فيه على شىء يعتد به»و يبعد أشد البعد اتفاقهم على الحكم المذكور مع كون ظاهر الأخبار كلها على خلافه لو حملت«من»على التبعيضيه إلا أنه يحتمل أن يقال إن ما دل على الرجوع فى الجميع لا دلاله فيه على الحصر فى هذا الفرد،بل من الجائز كونه أحد الفردين و ما دلت عليه الأخبار الأخر من الجواز بالرجوع فى البعض هو الفرد الآخر،إلا أن فيه ما عرفت،و الله العالم.

فوائد

الأولى:إذا أراد الرجل إعاده الزوجه و لم ترجع فى البذل

،فإنه لا يكون إلا بعقد جديد و مهر مستأنف لأنها بالخلع صارت بائنه أجنبيه و بطريق أولى لو خرجت من العده.

الثانیه [حکم التوارث لو رجعت هی فقط]

لا إشکال فی أنه لا توارث بین المختلعین لما عرفت من البینونه بالخلع، و الخروج عن الزوجیه بالکلیه،و انقطاع العصمه بینهما،و یدل علیه قوله فی

روایه ابن رئاب المتقدمه (۱)

«و لا میراث بینهما فی العده». و لا ریب فی ثبوت التوارث بعد رجوعها و رجوعه،لأنه برجوعه فیها بعد رجوعها صارت زوجه.

و إنما محل الاشکال فیما لو رجعت هی و لم یرجع هو،و یأتی علی ما قدمنا ذکره فی الموضع الأول من المقام الرابع ثبوت التوارث و نحوه من تلک الأحکام المذکوره ثمه،لأنها برجوعها فی العده تصیر العده رجعیه،یملک الزوج الرجوع فیها،و من شأن العده الرجعیه ترتب تلک الأحکام علیها.

الثالثه:لو خالعها و شرط الرجوع

لم یصح،لأن مقتضی الخلع البینونه، فیکون هذا الشرط منافیا لمقتضی العقد،فیبطل و یترتب علیه بطلان الخلع، و الظاهر أن ترتب بطلان الخلع علیه مبنی علی القاعده المشهوره من أنه إذا فسد الشرط الذی تضمنه ذلک العقد لزم منه بطلان تلک العقد،حیث إنه لم یتوجه القصد إلی ذلک العقد إلا بهذا الشرط و الحال أنه فاسد،فما تعلق به القصد غیر صحیح،و ما هو صحیح-و هو العقد بدون الشرط المذکور-لم یتعلق به القصد.

و قد عرفت ما فی هذه القاعده من المناقشه فی غیر موضع مما تقدم،و قضیه ذلک صحه الخلع و إن بطل الشرط المذکور،و نحو ذلک یأتی فی الطلاق بعوض، فإنه کالخلع یکون بائنا،و الشرط المذکور مناف لمقتضاه.

الرابعه:لو اتفقا علی قدر البذل کمائه مثلا و اختلفا فی الجنس

.فادعت الزوجه أنه مائه درهم و ادعی الزوج أنه مائه دینار.و المشهور و به صرح الشیخ و غیره أن القول قول المرأه لأنها منکره لما یدعیه،و الأصل عدم استحقاقه إیاه، قالوا:نعم،لو أخذه علی وجه المقاصه اتجه جوازه.

---

۱ - ۱) قد تقدمت فی الموضع الثالث من المقام الثالث فی الشرائط.(منه-قدس سره-). راجع التهذیب ج ۸ ص ۹۹ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۷ ب ۶ ح ۴.

و اعترضـهم فی المسالک فقال:و یشـکل هـذا القول من رأس،لأن کلا منهما مـدع و مـدعی علیه،و الآخر ینکر ما یـدعیه،و هذه قاعـده التخالف فی نظائره من عوض البیع و الإجاره و غیرهما،و إنما یتجه تقـدیم قول أحدهما إذا اتفق قولهما علی قدر و ادعی الآخر الزیاده علیه و أنکرها الآخر،فیکون منکر الزیاده منکرا لکل وجه،و مـدعیها مـدعیا،بخلاف صوره النزاع لأن دعوی الذهب لاـ یجامع دعوی الفضه،و الإنکار من کل منهما لما یـدعیه الآخر متحقق،فلو قیل بأنهما یتحالفان و یسـقط ما یـدعیانه بالفسـخ أو الانفسـاخ فیثبت مهر المثـل إلاـ أن یزیـد عمـا یـدعیه الزوج کان حسـنا،و لا یتجه هنا بطلان الخلع لاتفاقهما علی صـحته، أو إنما یرجع اختلافهما إلی ما یثبت من العوض،و یحتمل أن یثبت مع تحالفهما مهر المثل مطلقا لتساقط الدعویین بالتحالف،انتهی.

أقول:ما ذکره-قدس سره-من رجوع حکم المسأله إلی التحالف جید، و إنما یبقی الکلام فی أنه بعد التحالف،و سقوط کل مما یـدعیانه،فـإن الظـاهر هو بطلاـن الخلع بالمره لخلو الخلع من العوض لأنه منحصـر فی أحـد هـذین المـذکورین،و قـد تساقطا معا بالتحالف،و مهر المثل غیر مذکور فی صیغه الخلع و لا مقصود و لا مراد بالکلیه،فبأی وجه یثبت هنا؟و تقدیره و الرجوع إلیه بعد التحالف لا معنی له،لأنه لیس من قبیل المهر الـذی یجب تقـدیره مع خلو عقـد النکاح عنه،و إنما هو عوض یجب ذکره فی عقد الخلع،و یکون رکنا من أرکانه، و هو هنا منحصـر فی أحد هذین المذکورین،لأنه لا بد بحسب الواقع أن یکون أحدهما صادقا و الآـخر کاذبـا،لکن لما اشـتبه ذلک و کان اللازم شـرعا هو التحالف الموجب لسـقوطهما معا لزم منه خلو الخلع من العوض،و هو موجب لبطلاـنه ظـاهرا و إن کـان صـحیحا فی الواقع تتعلق به أحکامه بالنسـبه إلیهما المعلومیه ذلک عنـدهما کما فی نظائره من العقود الصحیحه فی الواقع الفاسده بحسب الظاهر،و یؤیده ما تقدم فی کتاب البیع من أنه بالتحالف یبطل البیع و نحوه من العقود التی یکون

الحکم فیها ذلک.

و أما قوله«و لا یتجه هنا بطلان الخلع لاتفاقهما علی صحته»ففیه أن البیع کذلک أیضا،مع أنهم صرحوا بالبطلان بعد التحالف،و ذلک أنه إذا قال البائع بعتک بهذا العبد أو بهذا الدینار،و قال المشتری بل بهذه الجاریه أو بهذه الدراهم،فإنهما قد اتفقا علی وقوع البیع،مع أنه بعد التحالف الذی هو الحکم فی هذه الصوره یحکم ببطلان البیع،و إن اختلفوا فی أن البطلان هل هو من الأصل فینزل البیع بمنزله العدم؟أو من حین التحالف أو الفسخ کما نقله شیخنا فی المسالک فی کتاب البیع (1)؟ و بالجمله فإن العقد الذی یجری فیه التحالف لا إشکال فی صحته بحسب الواقع و نفس الأمر لاشتماله علی شرائط الصحه،لکن باعتبار هذا الاختلاف بین المتعاقدین الموجب للتحالف الذی یتساقط به الدعویان و یلزم منه الخلو من العوض یجب الحکم بالبطلان فی ظاهر الأمر،و إلا لزم الترجیح بغیر مرجح.و بالجمله فإنی لا أعرف لما ذکره وجه صحه یعتمد علیه لما عرفت،و الله العالم.

الخامسه [فی ما لو خالع المریض]

قال فی المختلف:لو خالع المریض لم ترثه الزوجه فی العده،

ص:618

1- 1) قال فی المسالک فی کتاب البیع:إذا وقع الفسخ بالتحالف فهل یبطل العقد من أصله،و ینزل البیع بمنزله المعدوم؟أم من حین التحالف و الفسخ؟وجهان،اختار أولهما العلامه فی التذکره،محتجا علیه بأن الیمین قد أسقطت الدعوی من رأس،فکأنه لم یبع، کما لو ادعی علی الغیر ببیع أو شراء فأنکر و حلف فان الدعوی تسقط و یکون الملک باقیا علی حاله و لم یحکم بثبوت عقد حتی یحکم بانفساخه،و یشکل باتفاقهما علی وقوع عقد ناقل للملک،أما فی الثمن الموصوف فظاهر،و أما فی العین الذی أوجب التحالف لاختلافه فالمبیع أیضا متفق علی انتقاله من البائع إلی المشتری،و انما الاختلاف فی انتقال الثمن المعین، فیمکن أن یتوجه ذلک فی الثمن دون الثمن فی الموضعین. و اختار ثانیهما فی القواعد،و تبعه فی الدروس،و التحقیق ما أشرنا إلیه من أن البیع لا یبطل الا من حینه،و أما الثمن فیبقی علی حکم الملک بالحلف کما مثل به فی التذکره، فالإطلاق فی الموضعین غیر جید،انتهی.و هو ظاهر فیما قلناه(منه-قدس سره-).

سواء قلنا إنه طلاق أو مفتقر إليه لانتفاء التهمه.

قال ابن إدريس:و إلى هـذا القول ذهب شـيخنا أبو جعفر فى اسـتبصاره قال «و لنا فى ذلك نظر»و هو يدل على تردده،لنا ما تقدم من انتفاء سبب التوارث و هى التهمه.

و ما رواه

محمد بن القاسم الهاشمى (۱)عن الصادق عليه السلام قال:

«سمعته يقول:

لا ترث المختلعه و المباراه و المسـتأمره فى طلاقها من الزوج شيئا إذا كان ذلك منهن فى مرض الزوج و إن مات فى مرضه لأن العصمه قد انقطعت منهن و منه». انتهى.

أقول:ما ذكره العلامه-قـدس سـره-من نفى التوارث لانتفاء سـببه و هو التهمه جار على مـذهبه فى المسأله كما تقـدم ذكره،و هو المختار كما تقدم ذكره.

و أما على القول المشـهور من أن مطلقه المريض ترثه فى مرضه و إن خرجت من العـده بـالمره مـا لم تـتزوج أو يبرأ أو تمضـى سنه،سواء كان السـبب الـداعى إلى الطلاق من جهته أو من جهتها،فإنها ترثه فى هذه الصوره،و هو مردود بالأخبار المتقدمه التى من جملتها هذا الخبر،و من هنا تنظر ابن إدريس هنا.

السادسه [فى أنه لا سكنى لها و لا نفقه]

نقل فى المختلف عن الصدوق فى المقنع أنه قال فى المختلعه:و لا تخرج من بيتها حتى تنقضى عدتها،و إذا طلقها فليس لها متعه و لا نفقه و لا سكنى.

ثم اعترضه فقال:و الجمع بين الكلامين مشكل،و الوجه أن لها الخروج لأنه طلاق بائن،انتهى.

و مما يدل أنه لا سكنى لها و لا نفقه ما رواه

فى من لا يحضره الفقيه (۲)عن رفاعه بن موسى فى الصحيح

«أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن المختلعه،إلها سكنى و نفقه؟فقال:لا سكنى لها و لا نفقه».

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۱۰۰ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۳۵ ب ۱۵ ح ۱.
۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۳۳۹ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۴ ب ۱۳ ح ۱.

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن رفاعه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«المختلعه لا سکنی لها و لا نفقه».

و إذا ثبت أن لا سکنی لها علی الزوج بل لها أن تسکن حیث شاءت،فکیف یوجب علیها أن لا تخرج من بیتها الـذی هو عباره عن بیت زوجها کما تقدم؟ إلا أنه قد ورد ما ینافی هذه الأخبار مما یدل علی کلام الصدوق-رحمه الله علیه.

و منه ما رواه

فی الکافی (۲)عن داود بن سرحان عن أبی عبد الله علیه السلام فی المختلعه قال:

«عدتها عده المطلقه،و تعتد فی بیتها،و المختلعه،بمنزله المبارأه».

و عن زراره (۳)قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن عده المختلعه،قال:عده المختلعه عده المطلقه و لتعتد فی بیتها،و المبارأه بمنزله المختلعه».

و ما رواه

الشیخ (۴)فی الصحیح عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«عده المبارأه و المختلعه و المخیره عده المطلقه،و یعتددن فی بیوت أزواجهن».

و هی کما تری صریحه فیما ذکره الصدوق،إلا أن الجمع بین الأمرین کما عرفت لا یخلو من الاشکال،و الروایات الأول أوفق بأصول المذهب،لأنها بائن بالاتفاق نصا و فتوی،فلا سکنی لها و لا نفقه لها.

و احتمل شیخنا المجلسی-رحمه الله علیه-فی حواشیه علی کتب الأخبار حمل الروایات الأخیره علی الاستحباب،قال:و إن کان القول بظاهرها لا یخلو من قوه.

و فیه ما عرفت من أن هذه الأخبار مع معارضتها بالأخبار الأول مخالفه لأصول المذهب.

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۴۴ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۵ ب ۱۳ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۴۴ ح ۶،التهذیب ج ۸ ص ۱۳۶ ح ۷۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۲ ب ۱۰ ح ۲.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۴۴ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۱۳۶ ح ۷۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۳ ب ۱۰ ح ۴ و ما فی المصادر اختلاف

يسير.

۴- ۴) التهذيب ج ۸ ص ۱۳۶ ح ۷۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۳ ب ۱۰ ح ۵.

و ظاهر المحدث الكاشانی المیل إلی حمل هذه الأخبار الأخیره علی التقیه بقرینه الخبر الأخیر،و عده المخیره فیه،مع أنه لا تخییر عندنا،و هو و إن کان لا یخلو من قرب إلا أن الاشکال باق فی المقام،و لا یحضرنی الآن مذهب العامه، فلعله کما دلت علیه هذه الأخبار،و الله العالم.

المقصد الثانی فی المباراه

اشاره

و أصلها المفارقه،و هی هنا عباره عن الطلاق بعوض مع کراهه کل من الزوجین الآخر،و لها أحکام تخصها،و أحکام تشارک الخلع فیها،

[الأخبار الوارده فی المقام]

و أنا أذکر أولا ما وقفت علیه من الأخبار المتعلقه بها ثم أردفها إن شاء الله بما یتعلق بها من الأبحاث فی المقام.

الأول:ما رواه

ثقه الإسلام (۱)فی الموثق عن سماعه قال:

«سألته عن المباراه کیف هی؟فقال:تکون للمرأه شیء علی زوجها من صداق أو من غیره و یکون قد أعطاها بعضه فیکره کلا منهما صاحبه،فتقول المرأه لزوجها ما أخذت منک فهو لی و ما بقی علیک فهو لک،و أبارئک،فیقول الرجل لها:فإن رجعت فی شیء مما ترکت فأنا أحق ببضعک». و رواه الشیخ فی التهذیب عن سماعه عن أبی عبد الله علیه السلام و أبی الحسن علیه السلام مثله.

الثانی:

عن محمد بن مسلم (۲)فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن امرأه قالت لزوجها:لک کذا و کذا و خل سبیلی،فقال.هذه المباراه».

الثالث:

عن أبی بصیر (۳)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«المباراه تقول

۱- ۱) الكافی ج ۶ ص ۱۴۲ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۰۱ ح ۲۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۰ ب ۸ ح ۳.
۲- ۲) الكافی ج ۶ ص ۱۴۲ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۴ ب ۴ ح ۳.
۳- ۳) الكافی ج ۶ ص ۱۴۳ ح ۵،التهذیب ج ۸ ص ۱۰۰ ح ۱۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۰ ب ۸ ح ۴.

المرأه لزوجها:لك ما عليك و اترکنی أو تجعل له من قبلها شيئا فيترکها،إلا أنه يقول:فإن ارتجعت فی شیء فأنا أملک،و لا يحل لزوجها أن يأخذ منها إلا المهر فما دونه».

الرابع:

عن عبد الله بن سنان (۱)فی الموثق عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«المبارأه تقول لزوجها:لک ما عليک و بارئنی فيترکها،قال:قلت:فيقول لها:إن ارتجعت فی شیء فأنا أملک ببضعک؟قال:نعم».

الخامس:ما رواه

فی من لا يحضره الفقيه (۲)فی الصحيح عن حماد عن الحلبی عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«المبارأه أن تقول لزوجها:لک ما عليک و اترکنی فيترکها،إلا أنه يقول:إن ارتجعت فی شیء منه فأنا أملک ببضعک».

ثم قال فی الفقيه

«و روی أنه لا ينبغی له أن يأخذ منها أکثر من مهرها،بل يأخذ منها دون مهرها».

السادس:و ما رواه

فی الکافی و التهذيب (۳)عن أبی الصباح الکنانی قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام:إن بارأت امرأه زوجها فهی واحده و هو خاطب من الخطاب».

السابع،ما رواه

فی التهذيب (۴)عن إسماعيل الجعفی عن أحدهما عليهما السلام قال:

« المبارأه تطليقه بائن و ليس فيها رجعه».

الثامن:

عن زراره و محمد بن مسلم (۵)عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«المبارأه تطليقه بائن و ليس فی شیء من ذلک رجعه».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۴۳ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۱ ب ۸ ح ۵.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۳۳۶ ح ۱ و ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۰ ب ۸ ح ۱ و ۲ و فیهما اختلاف یسیر.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۴۲ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۱۰۱ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۱ ب ۹ ح ۱.

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۰۲ ح ۲۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۱ ب ۹ ح ۲.

۵- ۵) التهذیب ج ۸ ص ۱۰۲ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۸ ب ۶ ح ۶.

التاسع:

عن زراره و محمد بن مسلم (۱)عن أحدهما عليهما السلام قال:

«لا مباراه إلا على طهر من غير جماع بشهود».

العاشر:

عن حمران (۲)قال:

«سمعت أبا جعفر عليه السلام يحدث يقول:المبارأه تبين من ساعتها من غير طلاق و لا ميراث بينهما،لأن العصمه منهما قد بانت ساعه كان ذلك منها و من الزوج».

الحادى عشر:

عن جميل بن دراج (۳)فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

« المبارأه تكون من غير أن يتبعها الطلاق».

الثانى عشر:ما رواه

فى الكافى (۴)عن زراره فى الصحيح أن الحسن عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«المبارأه يؤخذ منها دون الصداق و المختلعه يؤخذ منها ما شاءت أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر،و إنما صارت المبارأه يؤخذ منها دون الصداق،و المختلعه يؤخذ منها ما شاء،لأن المختلعه تعتدى فى الكلام و تتكلم بما لا يحل لها».

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنا يقع فى مواضع:

الأول [فى أن المبارأه مشروطه بكراهه كل من الزوجين الآخر]

لا خلاف فى أن المبارأه مشروطه بكراهه كل من الزوجين الآخر، و هذا الشرط مقطوع به فى كلامهم،و عليه يدل الخبر الأول،و كذا ظاهر الآيه -أعنى قوله عز و جل «وَ لاٰ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمّٰا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاّٰ أَنْ يَخٰافٰا أَلاّٰ يُقِيمٰا حُدُودَ اللّٰهِ» (۵)-فإن مورد الآيه الخلع و المبارأه،و قد أسند خوف

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۱۰۲ ح ۲۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۸ ب ۶ ح ۷.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۱۰۲ ح ۲۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۱ ب ۹ ح ۳ و فيهما «سمعت أبا جعفر عليه السلام يتحدث قال:».

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۰۲ ح ۲۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۱ ب ۹ ح ۴.
۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۴۲ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۱۰۱ ح ۱۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹۳ ب ۴ ح ۱.
۵- ۵) سوره البقره-آیه ۲۲۹.

عدم إقامه الحدود الذی هو کنایه عن الکراهه إلی کل منهما فی حق الآخر.

و هـذا من جمله المواضع التی یفـارق فیهـا المبـارأه الخلع،حیث إنه یشترط هنا الکراهه من الطرفین و فی الخلع من طرف المرأه خاصه.

الثانی [فی وجوب اتباع المبارأه بلفظ الطلاق و عدمه]

المشـهور بـل ادعی علیه الإجمـاع کمـا صـرح به المحقـق فی الشـرائع و العلامه فی جمله من کتبه وجـوب اتبـاع المبـارأه بلفظ الطلاق،و أنه لا یعتد بها بدونه، مع أن المحقق فی النافع و هو متأخر عن الشرائع نسب القول بذلک إلی الأکثر، و فیه إیذان بعدم تحقق الإجماع المدعی،و أنه لا دلیل علی ذلک إلا مجرد الشهره.

و الشـیخ-رحمه الله علیه-قال فی التهـذیب بعـد أن أورد الروایات الداله علی عدم الاتباع بالطلاق و منها الخبر العاشـر و الحادی عشر قال:قال محمد بن الحسن:

الذی أعمل علیه فی المبارأه ما قدمنا ذکره فی المختلعه،و هو أنه لا یقع بها فرقه ما لم یتبعها بطلاق،و هو مذهب جمیع أصـحابنا المحققین من تقدم منهم و من تأخر،و لیس ذلک منافیا لهذا الخبر الذی ذکرناه-و عنی به

روایه جمیل- لأن قوله

«المبارأه تکون من غیر أن یتبعها بالطلاق». لا یفید أنه تقع الفرقه بینهما بذلک-إلی أن قال:-و لو کان صریحا بالفرقه لکنا نحمله علی ضرب من التقیه کما قدمنا فی باب الخلع.

و قـال فی الاسـتبصار:و هـذه الأخبـار أوردناهـا علی مـا رویت،و لیس العمـل علی ظاهرها لأن المبارأه لیس یقع بها فرقه من غیر طلاق،و إنما تؤثر فی ضـرب من الطلاق فی أن یقع بائنا لا یملک معه الرجعه،و هو مذهب جمیع فقهاء أصحابنا المتقدمین منهم و المتأخرین لا نعلم خلافا بینهم فی ذلک،و الوجه فیها أن نحملها علی التقیه لأنها موافقه لمذهب العامه،و لسنا نعمل به،انتهی.

و یشـکل أولا بعدم الدلیل علی ما ذکره من الأخبار المذکوره،و هی أخبار المسأله کملا،بل هی فی خلافه ما بین صریح الدلاله و ظاهرها،فمن الأول الخبر العاشر و الحادی عشر،و من الثانی الخبر الأول و الثانی و الثالث و الرابع و الخامس،

فإنما اشتملت عليه من أنها تقول كذا،و يقول الزوج كذا هو صيغه المبارأه التی یترتب علیها حکمها مع استکمال باقی الشرائط من الطهاره و الاشهاد، و کونها فی طهر لم یقربها فیه و هم-رضوان الله علیهم-قد صرحوا بأن صيغه المبارأه بأن يقول:بارأتك على كذا فأنت طالق.

و قال السید السند فی شرح النافع-بعد نقل هذه الصیغه فی کلام المصنف- ما لفظه:الکلام فی صیغه المبارأه کما فی الخلع من افتقارها إلى اللفظ الدال علیه من قبل الزوج،و الاستدعاء أو القبول من جهه المرأه.

مع أن ظاهر هذه الأخبار کما تری أن هذه صیغه المبارأه التی یترتب علیها أحکامها،لأن هذا الأخبار قد تضمنت أن المبارأه التی تترتب علیها الأحکام عباره عن هذا القول منها و منه،و لیس فی شیء منها تعرض للفظ الطلاق و لا لاستدعاء المرأه أو قبولها،کما ذکره السید السند و غیره،و علی هذا النحو باقی أخبار المسأله من قولهم علیهم السلام«المبارأه تطلیقه بائن لیس فیها رجعه»و نحو ذلک فإنه قد رتب الحکم فیها علی المبارأه الصادقه لما ذکرناه من الأقوال التی اشتملت علیها تلک الأخبار و نحوها.

و بالجمله فإنه لا یشم لهذا الطلاق رائحه من أخبار المسأله فضلا عن الدلاله علیه،بل هی فی عدمه أظهر من أن ینکر.

و ثانیا ما ذکره شیخنا الشهید الثانی فی المسالک من أن المبارأه لا یستعملها العامه،و لا یعتبرون فیها ما یعتبره أصحابنا بل یجعلونها من جمله کنایات الخلع أو الطلاق،و حینئذ فکیف یتم حمل ما ورد من أحکامها علی التقیه،و أنت قد عرفت فیما تقدم من أخبار الخلع أن بعضها دال علی الاتباع بالطلاق کما یدعونه، إلا أن الأکثر الأصح منها علی العدم،و أما فی هذا الباب فلا دلاله فی شیء من أخباره کما عرفت علی ما ذکروه.

و بالجمله فإنه لم یبق فی معارضه هذه إلا ما یدعونه من الإجماع و قد عرفت

ص :۶۲۵

ما فيه من الجدال و النزاع،و يظهر من شيخنا الشهيد الثانى المناقشه فى هذا الإجماع (۱)و عدم تسليمه فى أمثال هذه المقامات و هو كذلك،و هذا الموضع أيضا أحد مظاهر الفرق بين الخلع و المباراه بالنظر إلى أنه فى الخلع قد وقع الخلاف فى وجوب الاتباع بالطلاق و عدمه،و فى المباراه قد وقع الإجماع على وجوب الاتباع،و كل من قال فى الخلع بالعدم أوجبه فى المباراه،و فيه ما عرفت مما أوضحنا تحقيقه.

الثالث [الخلاف فيما يؤخذ من فديه المباراه]

اختلف الأصحاب فيما يؤخذ من فديه المباراه بعد الاتفاق على أنه لا يجوز له الزياده على ما أعطاها،فالمشهور أنه يجوز له المهر فما دونه.

و ذهب جمع من الأصحاب إلى أنه لا يؤخذ إلا دون ما دفع إليهما،و نقله فى المختلف عن الشيخ على بن بابويه فى الرساله،قال:قال الشيخ على بن بابويه فى رسالته فى المباراه:و له أن يأخذ منها دون الصداق الذى أعطاها،و ليس له أن يأخذ الكل.

و ممن صرح بجواز أخذ المهر كملا الشيخ المفيد و ابن إدريس،و هو المشهور بين المتأخرين.

و قال الصدوق فى المقنع:و لا ينبغى له أن يأخذ منها أكثر من مهرها بل يأخذ منها دون مهرها.و هو الظاهر من كلام الشيخ فى النهايه و ابن أبى عقيل و ابن حمزه،و هذا القول إنما تعرض فيه للأكثر و الأقل خاصه،و أما جميع ما أعطاه من غير زياده و لا نقصان فهو مجمل فيه.

و الذى يدل على القول المشهور الخبر الثالث،و هو صحيح صريح فى ذلك،و ما ذكره السيد السند فى شرح النافع-من أنه ضعيف لاشتراك أبى بصير-مردود

۱- ۱) حيث قال-بعد نقله عن المصنف فى النافع و العلامه فى كتبه دعوى الإجماع و أنه فى المختصر نسبه الى قول مشهور-ما صورته:و هو المناسب لتحقيق المصنف فإنه لا يعتد بالإجماع بمثل هذه الشهره كما نبه عليه فى المعتبر و نهى عن الاغترار بذلك انتهى.(منه-قدس سره-).

بأن الراوی عن أبی بصیر هنا عبد الله بن مسکان و هو من قرائن لیث المرادی الثقه الجلیل.

و یدل علی ما ذهب الیه الشیخ علی بن بابویه الخبر الثانی عشر و هو صحیح أو کالصحیح،لأن حسنه إنما هو بإبراهیم بن هاشم،و ما قدح به فی الخبر المذکور فی المسالک-من أنه مقطوع-مردود بأنه و إن کان کذلک فی التهذیب و منه نقل،إلا أنه فی الکافی کما نقلناه متصل لا قطع فیه.

و من هنا یظهر لک أن ما رجحه فی المسالک من العمل بصحیحه أبی بصیر بناء علی رد هذه الروایه بالقطع لیس فی محله،و ما رجحه سبطه من العمل بهذه الروایه بناء علی نقله لها من الکافی،و هی حسنه عنده کالصحیح بناء علی طعنه فی صحیحه أبی بصیر باشتراک الراوی لیس فی محله أیضا،لما ذکرناه من القرینه علی أنه لیث المرادی الثقه الجلیل،و لهذا وصفها فی المسالک بالصحه،و بذلک یظهر لک تصادم الخبرین المذکورین مع صحتهما معا فی البین،و أنه لا وجه لترجیح أحدهما علی الآخر من حیث السند.

و یمکن الجمع بینهما بحمل روایه الأقل من المهر علی الأفضل،و إن جاز له أخذ الجمیع،و هذا الموضع أحد مظاهر الفرق بین الخلع و المبارأه کالموضع الأول.

الرابع [فی أن الفرقه الحاصله بالخلع و المبارأه لا تنحصر فی لفظهما]

قال المحقق فی الشرائع-بعد ذکر الصیغه و أنها عباره عن أن یقول بارأتک علی کذا فأنت طالق-:و لو اقتصر علی قوله أنت طالق بکذا صح، و کان مباراه،إذ هی عباره عن الطلاق بعوض مع منافره بین الزوجین.

أقول:قد عرفت مما قدمنا فی کتاب الخلع أن الفرقه الحاصله بالخلع أو المبارأه لا تنحصر فی لفظ الخلع أو المبارأه،بل کلما أفاد هذا المعنی من الألفاظ متی استکمل باقی الشروط فإنه یترتب علیه حکم تلک الفرقه الخاصه،و من ذلک قوله أنت طالق بکذا فإن استکمل شرائط الخلع کان خلعا،و إن استکمل شرائط المبارأه کان مباراه.

و بالجمله فإن الطلاق بعوض و إن لم یرد بخصوصه فی الأخبار إلا أنه

لا يخرج عن أحدهما حسبما قدمنا تحقيقه فی الموضع الرابع من المقام الأول فی صیغه الخلع.

و ما ذکره فی المسالک هنا بناء علی ما ذهب إلیه من وجوده فی ماده غیرهما حیث قال:و لو قیل بصحته مطلقا حیث لا یقصد به أحدهما کان وجها لعموم الأدله قد قدمنا ما فیه مما یکشف عن بطلان باطنه و خافیه.

الخامس [اعتبار جمیع الشروط المعتبره فی صحه الطلاق فی المباراه أیضا]

الظاهر أنه لا خلاف فی أن جمیع ما ذکر من الشروط المعتبره فی صحه الطلاق فإنها تعتبر فی المباراه أیضا،و کذا ما یترتب علی الخلع من البینونه بعد استکمال الشرائط فإنها تترتب علی المباراه کذلک،و کذا ما تقدم من أنه لیس للزوج الرجوع إلا أن ترجع هی فی البذل.

و مما یدل علی البینونه بذلک الخبر السابع و الثامن و العاشر،و علی الاشتراط بشروط الطلاق قول زراره فی الخبر الثامن و قوله علیه السلام فی الخبر التاسع،و علی رجوعه برجوعها الاشتراط المذکور فی جمله منها.

بقی أن ظاهر هذه الأخبار إنما هو الرجوع فی شیء مما أعطاها،و هو ظاهر فی الترتب علی الرجوع فی البعض،و قد تقدم الکلام فیه،و بینا أن الظاهر حمل«من»هنا علی البیانیه لا التبعیضیه،و لم أقف علی من تعرض للکلام فی ذلک إلا شیخنا فی المسالک،فقال هنا-زیاده علی ما تقدم فی الخلع-:و فی هذه الأخبار التی ذکرناها سابقا فی المباراه ما یدل علی جواز رجوعه فی الطلاق متی رجعت فی شیء من البذل و إن لم یکن جمیعه،و قد تقدم ما فیه فی الخلع،انتهی.

أقول:مقتضی الوقوف علی ظاهره هذه الأخبار المتفقه علی هذه العبارات هو تخصیص الرجوع برجوعها فی البعض خاصه،إذ لیس سواها فی الباب،و لا قائل به،بل ظاهرهم التخصیص بالجمیع،و لا مخرج عن هذا الإشکال إلا بما ذکرنا من حمل«من»علی البیانیه،و الظاهر أنه هو الذی فهمه الأصحاب-رحمه الله علیهم- من هذه العباره،و الله العالم بحقائق أحکامه.

كتاب الظهار

اشاره

[تعريفه و الآيات و الروايات المرتبطه به]

قال فى كتاب المصباح المنير (۱):ظاهر من امرأته ظهارا مثل قاتل قتالا، و تظهر:إذا قال لها:أنت على كظهر أمى،إنما خص ذلك بالظهر لأن الظهر من الدابه موضع الركوب،و المرأه مركوبه وقت الغشيان،فركوب الام مستعار من ركوب الدابه،ثم شبه ركوب الزوجه بركوب الام الذى هو ممتنع،و هو استعاره لطيفه،فكأنه قال:ركوبك للنكاح حرام على،و كان الظهار طلاقا فى الجاهليه،فنهوا عن الطلاق بلفظ الجاهليه و أوجب عليهم الكفاره تغليظا فى النهى،انتهى.

و فى المسالك أيضا:إنه كان طلاقا فى الجاهليه كالإيلاء،فغير الشرع حكمه إلى تحريمها لذلك و لزوم الكفاره بالعود كما سيأتى،انتهى.

و قيل فى تعريفه:إنه تشبيه الزوج المكلف زوجته و لو مطلقه رجعيه فى العده بظهر امه،و قيل و بمحرمه نسبا أو رضاعا على ما سيأتى ذكره من الخلاف، و لا خلاف بين العلماء فى تحريمه.

و الأصل فى قوله عز و جل «الَّذِينَ يُظٰاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسٰائِهِمْ مٰا هُنَّ أُمَّهٰاتِهِمْ إِنْ أُمَّهٰاتُهُمْ إِلاَّ اللاّٰئِى وَلَدْنَهُمْ وَ إِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَراً مِنَ الْقَوْلِ وَ زُوراً» (۲)و قد

ص:۶۲۹

۱- ۱) المصباح المنير ص ۵۳۰.

۲- ۲) سوره المجادله-آيه ۳.

دلت الآیه علی أنه منکر و زور،و لا ریب فی تحریم کل منهما،و نقل فی الشرائع قولا بأنه محرم،و لکن یعفی عن فاعله یعنی فی الآخره،فلا یعاقب علیه استنادا إلی قوله تعالی فی آخر الآیه «وَ إِنَّ اللّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ» .

قال فی المسالک:و هذا القول ذکره بعض المفسرین و لم یثبت عن الأصحاب ثم تنظر فیه بأنه لا یلزم من وصفه تعالی بالعفو و الغفران فعلیتهما بهذا النوع من المعصیه،و ذکره بعده لا یدل علیه.نعم لا یخلو من باعث علی الرجاء و الطمع فی عفو الله تعالی،إلا أنه لا یلزم منه وقوعه به بالفعل،و نظائره فی القرآن کثیره مثل قوله تعالی «وَ لَیْسَ عَلَیْکُمْ جُناحٌ فِیما أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَ لکِنْ ما تَعَمَّدَتْ قُلُوبُکُمْ وَ کانَ اللّهُ غَفُوراً رَحِیماً» (۱)مع أنه لم یقل أحد بوجوب عفوه عن هذا الذنب المذکور قبله-إلی أن قال:-و الحق أنه کغیره من الذنوب أمر عقابها راجع إلی مشیه الله تعالی،انتهی.

و السبب فی نزول هذه الآیه ما رواه

الثقه الجلیل علی بن إبراهیم القمی فی تفسیره (۲)بسنده المذکور فیه عن حمران عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«إن امرأه من المسلمات أتت النبی صلی الله علیه و آله و سلم فقالت:یا رسول الله إن فلانا زوجی و قد نثرت له بطنی و أعنته علی دنیاه و آخرته،لم یر منی مکروها،أشکوه إلیک،قال:فیم تشکونیه؟ قالت:إنه قال:أنت علی حرام کظهر أمی،و قد أخرجنی من منزلی فانظر فی أمری،فقال لها رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم:ما أنزل الله تبارک و تعالی کتابا أقضی فیه بینک و بین زوجک،و أنا أکره أن أکون من المتکلفین،فجعلت تبکی و تشتکی ما بها إلی الله عز و جل و إلی رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم و انصرفت،قال:فسمع الله تبارک و تعالی

۱- ۱) سوره الأحزاب-آیه ۵.

۲- ۲) تفسیر القمی ج ۲ ص ۳۵۳ ط النجف الأشرف و فیه اختلاف یسیر،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۶ ب ۱ ح ۲ لحد قوله«هذا حد الظهار»مع اختلاف یسیر و أما بقیه الحدیث فمذکور فی ص ۵۰۹ ب ۲ ح ۱.

مجادلتها لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فی زوجها و ما شكت إليه،و أنزل الله عز و جل فی ذلک قرآنا «بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ قَدْ سَمِعَ اللّٰهُ قَوْلَ الَّتِی تُجٰادِلُکَ فِی زَوْجِهٰا وَ تَشْتَكِی إِلَی اللّٰهِ وَ اللّٰهُ يَسْمَعُ تَحٰاوُرَكُمٰا -إلى قوله- وَ إِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَراً مِنَ الْقَوْلِ وَ زُوراً وَ إِنَّ اللّٰهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ »قال:فبعث رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إلى المرأه،فأتته فقال لها:جيئنی بزوجک،فأتت به،فقال له:أ قلت لامرأتک هذه أنت علی حرام كظهر أمی؟فقال:قد قلت لها ذلک،فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:قد أنزل الله فيک و فی امرأتک قرآنا و قرأ:« بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ قَدْ سَمِعَ اللّٰهُ قَوْلَ الَّتِی تُجٰادِلُکَ فِی زَوْجِهٰا وَ تَشْتَكِی إِلَی اللّٰهِ وَ اللّٰهُ يَسْمَعُ تَحٰاوُرَكُمٰا إِنَّ اللّٰهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ اَلَّذِينَ يُظٰاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسٰائِهِمْ مٰا هُنَّ أُمَّهٰاتِهِمْ إِنْ أُمَّهٰاتُهُمْ إِلاَّ اللاّٰئِی وَلَدْنَهُمْ وَ إِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَراً مِنَ الْقَوْلِ وَ زُوراً وَ إِنَّ اللّٰهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ» فضم إليک امرأتک،فإنک قد قلت منكرا من القول و زورا،و قد عفا الله عنک و غفر لک و لا تعد،قال:فانصرف الرجل و هو نادم على ما قال لامرأته.

و كره الله عز و جل ذلک للمؤمنين بعد و أنزل الله «الَّذِينَ يُظٰاهِرُونَ مِنْ نِسٰائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمٰا قٰالُوا» يعنی ما قال الرجل الأول لامرأته أنت علی حرام كظهر أمی، قال:فمن قالها بعد ما عفا الله و غفر للرجل الأول،فإن عليه «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسّٰا» يعنی مجامعتها «ذٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَ اللّٰهُ بِمٰا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيٰامُ شَهْرَيْنِ مُتَتٰابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسّٰا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعٰامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً» قال:فجعل عقوبه من ظاهر بعد النهی هذا،ثم قال «ذٰلِکَ لِتُؤْمِنُوا بِاللّٰهِ وَ رَسُولِهِ وَ تِلْکَ حُدُودُ اللّٰهِ» قال:هذا حد الظهار.

و قال حمران (۱)قال أبو جعفر عليه السلام:

و لا يكون ظهار فی يمين،و لا فی إضرار،و لا فی غضب،و لا يكون ظهار إلا على طهر من غير جماع بشهاده شاهدين مسلمين».

و رواه ثقه الإسلام فی الكافی (۲)فی الحسن عن حمران عن أبی جعفر عليه السلام مثله.

ص :۶۳۱

۱- ۱) الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۹ ب ۲ ح ۱ و فيه اختلاف يسير.

۲- ۲) الكافی ج ۶ ص ۱۵۲ ح ۱ و فيه اختلاف يسير.

و أنت خبير بأن المفهوم من هـذا الخبر أن ذكر العفو و المغفره فی آخر هـذه الآيه إنما هو بالنسـبه إلی ذلک الرجل الأول الذی كان هو السبب فی نزول الآيه لا بالنسبه إلی كل من ظاهر،فإن هذا الرجل المشار إليه كان جاهلا بتحريم ذلک،و من ثم عفا الله عنه،و أما من علم بعد ذلک فإنه لا يدخل تحت الآيه،بل تجب عليه الكفاره عقوبه لما ارتكبه من ذلک الفعل المحرم كما صرح به عليه السلام، فی الخبر المذكور.

و بما ذكرناه من التفصيل يظهر لک ما فی كلام شيخنا المتقدم ذكره من الإجمال،و أن الفاعل لذلک مطلقا تحت المشيه،فإنه لا معنی له،إذ الأول كمـا عرفت معفـو عنه لجهله،و الثـانی حيث كـان عالمـا بتحريم مـا ارتكبه فـإنه يجب عليه الكفـاره عقوبه لما ارتكبه،فلاـ معنی لقيـاس هـذا الفرد علی غيره من الـذنوب الـداخله تحت المشـيه،بـل الحكم فيه بمقتضـی الخبر المـذكور هو ما عرفت.

و روی الصدوق فی من لا يحضره الفقيه (۱)بطريقه إلی ابن أبی عمير عن أبان و غيره عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«كـان رجـل علی عهـد رسول الله صـلی الله عليه و آله و سـلم يقـال له أوس ابن الصامت،و كانت تحته امرأه يقال لها خوله بنت المنـذر،فقال لها ذات يوم:أنت علی كظهر أمی،ثم نـدم و قال لها:أيتها المرأه ما أظنک إلا و قـد حرمت علی فجاءت إلی رسول الله صـلی الله عليه و آله و سـلم فقـالت:يـا رسول الله إن زوجی قـال لی:أنت علی كظهر أمی،و كان هـذا القول فيما مضـی يحرم المرأه علی زوجها،فقال رسول الله صلی الله عليه و آله و سلم:

مـا أظنـک إلا و قـد حرمت،فرفعت المرأه يـدها إلی السـماء فقالت:أشـكو إلی الله فراق زوجی،فأنزل الله عز و جل يا محمـد «قَدْ سَمِعَ اللّٰهُ قَوْلَ الَّتِی تُجٰادِلُـکَ فِی زَوْجِهٰا» الآـيتين،ثم أنزل الله عز و جـل الكفـاره فی ذلـک فقال «وَ الَّذِينَ يُظٰاهِرُونَ مِنْ نِسٰائِهِمْ» الآيتين.

ص: ۶۳۲

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۳۴۰ ح ۴ و فيه اختلاف يسير،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۶ ب ۱ ح ۱.

أقول:یمکن حمل إجمال الخبر الأول علی هذا الخبر المذکور فیه اسم الرجل و المرأه فتکون القصه واحده،و إن فصلت أحکامها فی الروایه الاولی و أجملت فی الثانیه،و إلا فیشکل الجمع بینهما لو تعددت القصه.

و روی المرتضی علی بن الحسین فی رساله المحکم و المتشابه (۱)نقلا من تفسیر النعمانی بإسناده إلی علی علیه السلام قال:

«و أما المظاهره فی کتاب الله عز و جل فإن العرب کانت إذا ظاهر رجل منهم من امرأته حرمت علیه إلی آخر الأبد،فلما هاجر رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم کان بالمدینه رجل من الأنصار یقال له أوس بن الصامت، و کان أول رجل ظاهر فی الإسلام فجری بینه و بین امرأته کلام،فقال لها:أنت علی کظهر أمی،ثم إنه ندم علی ما کان منه،فقال:ویحک إنا کنا فی الجاهلیه تحرم علینا الأزواج فی مثل هذا قبل الإسلام،فلو أتیت رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فسألته عن ذلک،فجاءت المرأه رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فأخبرته،فقال:ما أظنک إلا و قد حرمت علیه إلی آخر الأبد،فجزعت و بکت،و قالت:أشکو إلی الله فراق زوجی،فأنزل الله عز و جل «قَدْ سَمِعَ اللّٰهُ قَوْلَ الَّتِی تُجٰادِلُکَ فِی زَوْجِهٰا -إلی قوله- وَ الَّذِینَ یُظٰاهِرُونَ مِنْ نِسٰائِهِمْ »الآیه،فقال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم:قولی لأوس زوجک یعتق نسمه فقالت:و أنی له نسمه،و الله ما له خادم غیری،قال:فیصوم شهرین متتابعین، قالت:إنه شیخ کبیر لا یقدر علی الصیام،قال:فمریه فلیتصدق علی ستین مسکینا فقالت:و أنی له الصدقه،فوالله ما بین لابتیها أحوج منا،قال:فقولی له:فلیمض إلی أم المنذر فلیأخذ منها شطر وسق تمر فلیتصدق علی ستین مسکینا»الحدیث.

أقول:هذا الخبر لا یخلو من الإشکال،فإن ما تضمنه من وجوب الکفاره یرده ظاهر الآیه بالتقریب الذی قدمنا ذکره،و ما صرح به فی الخبر الأول من العفو و المغفره عن الأول،و أن الکفاره إنما علی من علم بالتحریم بعد هذه القصه ثم ظاهر لقوله علیه السلام«فمن قالها بعد ما عفا الله و غفر للرجل الأول فإن علیه تحریر

۱- ۱) الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۸ ب ۱ ح ۴ و فیه«تسألیه»بدل«فسألته».

رقبه-إلى أن قال:-فجعل عقوبه من ظاهر بعد النهى هذا»الحديث،و أيضا فإن الظاهر أن الظهار هنا لم يستجمع شرائط الظهار الموجبه للتكفير،سيما الشاهدين فإنه لم يتقرر بعد،و إنما تقرر و رتبت عليه الأحكام بعد هذه القضيه.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن البحث فى هذا الكتاب يقع فى الصيغه و المظاهر و المظاهره،و ما يترتب على ذلك من الأحكام،فها هنا مطالب أربعه:

[المطلب] الأول فى الصيغه:

اشاره

لا خلاف و لا إشكال فى انعقاد الظهار بقوله أنت على كظهر أمي،قيل و فى معنى على غيرها من الألفاظ كمنى و عندى ولدى و معى،و كذا يقوم مقام أنت ما شابهها من الألفاظ الداله على تميزها من غيرها كهذه أو فلانه.

و لو قال:أنت كظهر أمي بحذف حرف الصله فالأكثر على أنه ظهار، و استشكله العلامه فى التحرير،و وجهه فى المسالك بأنه مع ترك حرف الصله يحتمل أنه أراد كونها محرمه على غيره حرمه ظهر امه عليه.

و فيه أن الاحتمال لا ينافى الظهور،و الظاهر المتبادر من هذا اللفظ إنما هو إراده التحريم على نفسه الذى به يصدق الظهار،و العمل إنما هو على الظاهر فى جميع الموارد.

بقى هنا مواضع وقع الخلاف فيها:ما لو شبهها بظهر غير الام من المحارم نسبا أو رضاعا.

فقيل بأنه لا يقع،و هو اختيار الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس فى السرائر، محتجا عليه بأن الظهار حكم شرعى،و قد ثبت وقوعه إذا علق بالظهر و أضيف إلى الأم،و لم يثبت ذلك فى باقى الأرحام و لا المحرمات.

و استدل له بعض الأصحاب بما رواه

الشيخ (1)فى الصحيح عن سيف التمار

1- 1) الكافى ج 6 ص 157 ح 18،التهذيب ج 8 ص 10 ح 5،الوسائل ج 15 ص 511 ب 4 ح 3.

قال: «قلت لأبی عبد الله علیه السلام:الرجل یقول لامرأته أنت علی کظهر أختی أو عمتی أو خالتی؟قال:فقال:إنما ذکر الله الأمهات،و أن هذا الحرام».

و رد ذلک جمله من المتأخرین منهم السید السند فی شرح النافع و قبله جده فی المسالک و من تأخر عنهما بأن الروایه غیر داله علی ذلک بل هی بالدلاله علی نقیضه أشبه،فإن الظاهر من قوله«و أن هذا الحرام»فی هذه الروایه إنه ظهار محرم و إن لم یکن ذکره الله فی کتابه.

أقول:و من المحتمل قریبا إن لم یکن هو الأقرب أن الإشاره فی الخبر إنما توجهت إلی الذی ذکره فی کتابه لا إلی الأخت و ما بعدها،و یؤیده أنه الأقرب و المعنی أن الذی ذکره فی کتابه و رتب علیه الظهار إنما هو الام و هو الحرام الذی أشار إلیه عز و جل بقوله «وَ إِنَّهُمْ لَیَقُولُونَ مُنْکَراً مِنَ الْقَوْلِ وَ زُوراً» لا الأخت و نحوها،هذا هو الظاهر من الخبر،و علیه بنی الاستدلال.و أما ما ذکروه فإنه و إن احتمل إلا أن الظاهر بعده،و علی هذا یکون الخبر دلیلا للقول المذکور لا یعتریه فتور و لا قصور،إلا أنه معارض بغیره کما ستقف علیه.

و قیل بأنه یقع بالتشبیه بالمحرمات النسبیه المؤید تحریمهن،و هو قول ابن البراج.

قال فی المهذب:فإن شبهها بامرأه محرمه علیه علی التأیید غیر الأمهات کالبنات و بنات الأولاد و الأخوات و بناتهن و العمات و الخالات،فعندنا أنهن یجرین مجری الأمهات،و أما النساء المحرمات علیه بالرضاع و المصاهره فالظاهر أنه لا یکون بهن مظاهر،انتهی.

و یدل علی هذا القول صریحا ما رواه

الشیخ (۱)فی الصحیح عن زراره قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن الظهار فقال:هو من کل ذی محرم أم أو أخت

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۵۳ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۹ ح ۱،الفقیه ج ۳ ص ۳۴۰ ح ۳، الوسائل ج ۱۵ ص ۵۱۱ ب ۴ ح ۱.

أو عمه أو خاله،و لا يكون الظهار فی يمين،قلت:و كيف يكون؟قال:يقول الرجل لامرأته و هی طاهر فی غير جماع أنت علی حرام مثل ظهر أمی أو أختی،و هو يريد بذلك الظهار».

و ما رواه

فی الكافی (۱)فی الصحيح أو الحسن عن جميل بن دراج قال:

«قلت لأبی عبد الله عليه السلام:الرجل يقول لامرأته أنت علی كظهر عمته أو خالته،قال:هو الظهار».

و عن يونس عن بعض رجاله (۲)عن أبی عبد الله عليه السلام،فی حديث يأتی ذكره قريبا قال:

«و كذلك إذا هو قال:كبعض المحارم فقد لزمته الكفاره».

و قيل:بإضافه المحرمات الرضاعيه إلی المحرمات النسبيه،و هو قول الأكثر علی ما ذكره فی المسالك،و مثله سبطه فی شرح النافع.

أقول:ممن ذكر هذا القول صريحا الشيخ فی المبسوط حيث قال:إذا شبهها بامرأه تحرم لا علی التأبيد كالمطلقه ثلاثا أو أخت امرأته أو عمتها أو خالتها لم يكن مظاهرا بلا خلاف و إن شبهها بمحرمه علی التأبيد غير الأمهات و الجدات كالبنات و بنات الأولاد و الأخوات و بناتهن و العمات و الخالات،فروی أصحابنا أنهن يجرين مجری الأمهات.و أما النساء و المحرمات عليه بالرضاع أو المصاهره فالذی يقتضيه مذهبنا أن من يحرم عليه بالرضاع حكمه حكم من يحرم بالنسب

لقوله عليه السلام

«يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب». و أما من يحرم عليه عليه بالمصاهره فينبغی أن لا يكون مظاهرا لأنه لا دليل عليه،و نحوه ابن حمزه (۳)و ابن الجنيد

۱- ۱) الكافی ج ۶ ص ۱۵۵ ح ۱۰،التهذيب ج ۸ ص ۹ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۱۱ ب ۴ ح ۲.
۲- ۲) الكافی ج ۶ ص ۱۶۱ ح ۳۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۱۲ ب ۴ ح ۴.
۳- ۳) قال ابن حمزه:لو شبهها بواحده من المحرمات نسبا أو رضاعا وقع،و قال ابن الجنيد:و الظهار بكل من حرم الله عليه و وطؤها بالنسب و الرضاع واقع،كقول الرجل أنت علی كظهر أمی أو ابنتی أو مرضعتی أو ابنتها،انتهی.(منه-قدس سره-).

فإنهما صرحا بذلک.

و أما باقی الأصحاب ممن نسب إلیه هذا القول کالشیخ فی النهایه و الشیخ المفید و الصدوق فإنما هو من حیث الإطلاق،و نحوهم غیرهم کابن أبی عقیل و ابن البراج فی الکامل و سلار و أبی الصلاح و ابن زهره،و یمکن أن یستدل علی هذا القول زیاده علی ما ذکره فی المبسوط من حدیث«یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»بإطلاق مرسله یونس المذکوره،و کذا إطلاق قوله علیه السلام فی صحیحه زراره «هو من کل ذی محرم»و لا ینافیه تخصیص العد بالأم و الأخت و من معهما،لأن الظاهر أن ذلک إنما خرج مخرج التمثیل لا الحصر،و لا للزوم الحصر فی هذه الأفراد المذکوره فی الروایه،و النص و الإجماع علی خلافه.

و قیل:بإضافه محرمات المصاهره،و هو اختیار العلامه فی المختلف،حیث قال بعد نقل أقوال المسأله:و الوجه عندی الوقوع إذا شبهها بالمحرمات علی التأبید،سواء النسب و الرضاع و المصاهره للاشتراک فی العله.و الظاهر أنه أراد بها تأبید التحریم،فإنه مشترک بین النسب و الرضاع و المصاهره.

و أورد علیه بأن هذه العله مستنبطه فلا عبره بها.نعم یمکن الاستدلال علیه بإطلاق صحیحه زراره و روایه یونس المذکورتین،لصدق کل ذی محرم علی المحرمات بالمصاهره،و التمثیل بذی المحرم النسبی لا یفید الحصر فیه،و ظاهر السید السند المیل إلی هذا القول (1)لإطلاق الصحیحه المذکوره و هو غیر بعید،بل لا یخلو من قرب.

و منها:أنه هل یقع بغیر لفظ الظهر کأن یقول کبطن أمی أو یدها أو رجلها أو شعرها أم لا؟قولان:

(أولهما)للشیخ-رحمه الله-فی الخلاف و جماعه مدعیا علیه فی الخلاف إجماع

۱- ۱) و الیه یمیل کلام جده فی المسالک،حیث قال بعد الاستدلال علیه بصحیحه زراره بالتقریب المذکور:و فی هذا القول قوه. (منه-قدس سره-).

الفرقه،و أنه إذا قال ذلک و فعل ما یجب علی المظاهر کان أحوط فی استباحه الوطء و إذا لم یفعل کان مفرطا.

و(ثانیهما)للسید المرتضی-رضی الله عنه-فی الانتصار مدعیا علیه الإجماع،و تبعه ابن إدریس و ابن زهره و جمع من الأصحاب و علیه المتأخرون.

و الذی وقفت علیه من الأخبار هنا ما رواه

فی الکافی (1)عن یونس عن بعض رجاله عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن رجل قال لامرأته أنت علی کظهر أمی أو کیدها أو کبطنها أو کفرجها أو کنفسها أو ککعبها،أ یکون ذلک الظهار؟ و هل یلزمه فیه ما یلزم المظاهر؟فقال:المظاهر إذا ظاهر من امرأته فقال هی علیه کظهر امه أو کیدها أو کرجلها أو کشعرها أو کشیء منها ینوی بذلک التحریم فقد لزمته الکفاره فی کل قلیل منها أو کثیر،و کذلک إذا هو قال کبعض ذوات المحارم فقد لزمته الکفاره».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب (2)عن سدیر عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت له:

الرجل یقول لامرأته أنت علی کشعر أمی أو ککفها أو کبطنها أو کرجلها، قال:ما عنی؟إن أراد أنه الظهار فهو الظهار».

و هذان الخبران کما تری ظاهران فیما ذهب إلیه الشیخ و من تبعه من وقوع الظهار بهذه الصیغه.

و جمله من المتأخرین کصاحب المسالک و سبطه ذکروا الروایه الثانیه دلیلا للشیخ و ردوها بضعف السند.

و أنت خبیر بأن من لا یعمل بهذا الاصطلاح کالشیخ و أمثاله من المتقدمین و جمله من متأخری المتأخرین فإنه لا مناص له من العمل بالخبرین المذکورین لعدم المعارض فی البین،و غایه ما استدل به لقول السید المرتضی بأن الأصل

1- 1) الکافی ج 6 ص 161 ح 36،الوسائل ج 15 ص 517 ب 9 ح 1.
2- 2) التهذیب ج 8 ص 10 ح 4،الوسائل ج 15 ص 517 ب 9 ح 2.

الإباحه إلا ما خرج عنها بدليل أو إجماع،و هو الظهر،فيبقى الباقى على الأصل و لأن الظهار مشتق من الظهر،فإذا علق بغيره بطل الاسم المشتق منه،و هذه التعليلات عند من يعمل بالخبرين المذكورين غير مسموعه،لأنها مجرد اجتهاد فى مقابله النصوص،و الأصل الذى اعتمدوه يجب الخروج عنه بالنص المذكور.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنهم فى هذا الموضع قد ذكروا صورا عديده تفريعا على التشبيه،و النسبه فيه من كونه بين الجمله و الجمله أو الأجزاء و الأجزاء أو الجمله و الأجزاء،ذلك مما ستقف عليه إن شاء الله تعالى.

الاولى:أن يقع التشبيه بين جمله الزوجه و ظهر الام،و هو أن يقول:أنت على كظهر أمى،و هذا هو المتفق عليه إجماعا نصا و فتوى،و قد تقدم ما الحق به مما هو فى معناه من تبديل حرف الصله و تبديل اللفظ الدال على التعيين.

الثانيه:أن يقع بين جمله الزوجه و جزء آخر من الام غير الظهر،سواء كان مما لا يتم حياتها إلا به كوجهها و رأسها و بطنها أو يتم كيدها و رجلها، و سواء حلته الحياه أم لا،و هذه الصوره هى محل البحث المتقدم،و قد عرفت الخلاف فيه و ما يتعلق به من الأخبار.

الثالثه:أن يشبه بالجمله بالجمله بأن يقول أنت على كأمى،أو بدنك أو جسمك على كبدن أمى أو جسمها،و فى وقوع الظهار به قولان مبنيان على ما سبق،و الشيخ حيث قد حكم فيما سبق بالوقوع حكم به هنا،قال:لأن صحته مع تشبيهه بتلك الأجزاء تستلزم صحته مع التشبيه بنفسها بطريق أولى لاشتمالها على تلك الأجزاء و زياده،و لاشتمال جملتها على ظهرها الذى هو مورد النص، فيدل عليه تضمنا.

و أجيب عنه بمنع الأصل و الأولويه،فإن الأسباب الشرعيه لا تقاس، و نمنع من دخول الظهر فى قوله أنت،و جاز أن يكون لتخصيصه فائده باعثه على الحكم،و الأكثر كما ذكره فى المسالك على عدم الوقوع بذلك لفوت الشرط و هو التشبيه بالظهر كما قد علم من السابق.

أقول:و نحن و إن اخترنا مذهب الشيخ ثمه لما عرفت من دلاله الخبرين المذكورين عليه إلا أن حمل هذه الصوره عليه كما ذكره لا يخرج عن ظلمه الالتباس المحتمله للوقوع فی القياس.

الرابعه:أن يشبه بعض أجزاء الزوجه بجمله الأم كأن يقول يدک أو رأسک أو رجلک علی كأمی،و فيه القولان السابقان.فالشيخ قال بصحته لأنه مركب من أمرين صحيحين،و فيه منع ظاهر مما تقدم.

الخامسه:أن يشبه جزء الزوجه بظهر الأم بأن يقول بذلک و فرجک كظهر أمی،و صححه الشيخ أيضا بطريق أولی،و الأشهر الأظهر العدم لما عرفت.

السادسه:أن يشبه الجزء بالجزء كأن يقول يدک علی كيد أمی،و صححه الشيخ مع قصد الظهار،و دليله مركب مما سبق،و الأشهر الأظهر العدم كما تقدم.

السابعه:أن يقع التشبيه بين الزوجه بصورها الست المذكوره و غير الام من المحارم،فإن وقع بين الجمله من الزوجه و بين الظهر من تلک المشبه بها فقد عرفت صحته مما تقدم.

و إن وقع بين الجمله من الزوجه و الجزء من المحارم غير الظهر فالظاهر بطلانه،و يظهر من المحقق ادعاء عدم الخلاف فی ذلک.

و فی المختلف (1)إن بعض علمائنا قال بوقوعه و آخرون بعدمه،و نقل الخلاف فی ذلک عن ابن إدريس.

و إن وقع بين الجمله و الجمله بغير لفظ الظهر فالقولان،و بالجمله فالظاهر الوقوف علی موارد النصوص،و إن ضعف سندها بهذا الاصطلاح المحدث،و الله العالم.

۱- ۱) قال فی المختلف:لو شبهها بإحدی المحرمات غير الام بغير لفظ الظهر كقوله أنت علی كيد أختی أو ابنتی قال بعض علمائنا:لا يقع،و قال آخرون بالوقوع،و نقلهما ابن إدريس،انتهی.(منه-قدس سره-).

تنبيهات

الأول [عدم وقوع الظهار بما عدا من حرم بالنسب أو الرضاع أو المصاهره]

لا خلاف فی أن ما عـدا من حرم بالنسب أو الرضاع أو المصاهره من المحرمات الغير المؤبـده فإنه لا یقع بهن ظهار،و قـد تقـدم فی عباره الشیخ فی المبسوط ما یدل علی أنه لا خلاف فیه.

و قـال فی المسالـک:أمـا من لاـ یحرم مؤبـدا کـأخت الزوجه و بنت غیر المـدخول بهـا ممـا یحرم جمعـا خـاصه فحکمهما حکم الأـجنبیه فی جمیع الأحکـام لأـن تحریمهمـا یزول بفراق الام و الأخت کما یحرم جمیع نساء العالم علی المتزوج أربعا،و یحل له کل واحـده ممن لیست محرمه بغیر ذلک علی وجه التخییر بفراق واحـده من الأربع،و الأولی بعـدم الوقوع تشبیها بعمه الزوجه و خالتها،لأن تحریمهما لیس مؤبدا عینا و لا جمعا مطلقا بل علی وجه مخصوص کما لا یخفی،انتهی.

و أنت خبیر بأن ظاهر کلامهم یدور فی صحه المظاهره و عدمها علی کون المشبه بها مؤبده التحریم و عدمه،فإن کان تحریمها مؤبدا صح أن یشبه بها فی الظهار،و یکون ظهارا صحیحا،و إلا فلا.

و فیه أن هنا جمله من الأفراد التی تحریمها مؤبـدا کما تقدم فی کتاب النکاح مثل المطلقه تسـعا،و أم من لاط به و بنته و أخته،و من زنی بهـا و هی ذات بعـل أو فی عـده رجعیه،و نحو ذلـک ممـا تقـدم.فإن التحریم فی الجمیع مؤبـد و هی خـارج عن الأفراد الثلاثه المتقدمه،مع أن الظاهر أنه لا یقع الظهار بالتشبیه بإحداهن اتفاقا.

و بالجمله فإنی لا أعرف للتقییـد بالتأبید هنا وجها وجیها،بل ینبغی أن یجعل الحکم منوطا بکل من خرج عن الأفراد الثلاثه سواء کان تحریمه مؤبدا أم لا،فإنه لا یقع الظهار به.

الثانی [تحریم التشبیه بالجده]

ظاهر الأصحاب أنه لا ریب فی تحریم التشبیه بالجده لأب کانت أو

أم علی تقـدیر القول بوقوع الظهار بالتشبیه بالمحرمات النسبیه،و إنما الکلام علی تقـدیر الاختصاص بالأم فهل یتعدی إلی الجده مطلقا؟وجهان:

(أحـدهما)نعم،لصدق الام علیها فی قوله «حُرِّمَتْ عَلَیْکُمْ أُمَّهٰاتُکُمْ» (۱)فإن المراد بالأمهات من ولدته بلا واسـطه أو بواسطه و إن علت و الأصل فی الاستعمال الحقیقه،و یؤیده أنهن یشارکن الأم فی سقوط القصاص و وجوب النفقه.

(و ثانیهمـا)لاـلجواز سـلبها عنها فیقال:لیست أمی بل أم أبی أو أم أمی، و لقوله عز و جل «إِنْ أُمَّهٰاتُهُمْ إِلاَّ اللاّٰئِی وَلَدْنَهُمْ» (۲)و هی مفیده للحصر.

و أنت خبیر بما فی الثانی من القصور لضعف مستنده المذکور.

أما أول دلیله فإنه إن أراد بقوله«لیست أمی»إن أراد علی الإطلاق منعنا السلب،و هو أول المسأله،فالاستدلال به مصادره محضه،و إن أراد به یعنی بلا واسطه بل هی أمی بالواسطه فلا ضیر فیه.

و أما ثانی دلیله فلصـدق ولادتها له بولاده أحد أبویه،و المراد ولدتا بواسـطه أو غیر واسـطه،مع أن الحصـر فی ظاهر الآیه إنما هو إضـافی بالنسبه إلی المظـاهر من امرأته بکونهـا کـأمه فی التحریم علیه فلاـ تعلق لهـا بما نحن فیه،و بـذلک یظهر لک قوه الوجه الأول من الوجهین المذکورین.

الثالث [فی اشتراط سماع الشاهدین لنطق المظاهر]

لاـ خلاـف فی أنه یشترط فی صـحه الظهار و ترتب أحکامه علیه سـماع الشاهـدین لنطق المظاهر و أن یکون ظاهرها فی طهر لم یقربها فیه.

و من الأخبار الداله علی ما قلناه ما تقدم

فی صحیحه زراره (۳)من قوله علیه السلام

«یقول الرجل لامرأته و هی طاهر فی غیر جماع:أنت علی حرام مثل ظهر أمی، و هو یرید بذلک الظهار».

۱- ۱) سوره النساء-آیه ۲۳.

۲- ۲) سوره المجادله-آیه ۳.

۳- ۳) الکـافی ج ۶ ص ۱۵۳ ذیـل ح ۳،التهـذیب ج ۸ ص ۹ ح ۱،الفقیـه ج ۳ ص ۳۴۰ ح ۳ و مـا فی المصـادر زیـاده«أو أختی»،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۹ ب ۲ ح ۲.

و ما رواه

فی الکافی (۱)فی الحسن عن حمران فی حدیث قال:

«قال أبو جعفر علیه السلام:لا یکون ظهار فی یمین و لا فی إضرار و لا فی غضب،و لا یکون ظهار إلا فی طهر من غیر جماع بشهاده شاهدین مسلمین».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۲)عن ابن فضال عمن أخبره عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا یکون الظهار إلا علی مثل موضع الطلاق».

و رواه

الصدوق (۳)بإسناده عن ابن فضال و عن حمزه بن حمران عن أبی جعفر علیه السلام،فی حدیث قال:

«لا یکون ظهار الا علی طهر من غیر جماع بشهاده شاهدین مسلمین».

و رواه الصدوق (۴)بإسناده عن الحسن بن محبوب عن أبی ولاد عن حمزه بن حمران مثله.

و ما دل علیه ظاهر هذین الخبرین من الاکتفاء بإسلام الشاهدین یجب حمله علی التقیه لما دلت علیه الآیه و جمله من الأخبار الصحیحه من اشتراط العداله التی هی أمر زائد علی الإسلام،و قد تقدم تحقیق الکلام فی هذا المقام بما لا یحوم حوله نقض و لا إبرام فی بحث صلاه الجمعه من الجلد الثانی من کتاب الصلاه. (۵)

الرابع [فی وقوع الظهار بالتشبیه بمحارم الرجال]

لا خلاف بین الأصحاب-رضوان الله علیهم-فی أنه لا ینعقد الظهار

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۵۲ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۰ ح ۸،الفقیه ج ۳ ص ۳۴۵ ح ۲۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۹ ب ۲ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۵۴ ح ۵،التهذیب ج ۸ ص ۱۳ ح ۱۹،الفقیه ج ۳ ص ۳۴۰ ح ۲ رواه مرسلا و فیه«الا علی موضع الطلاق»،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۹ ب ۲ ح ۳.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۵۳ ذیل ح ۱،الفقیه ج ۳ ص ۳۴۵ ذیل ح ۲۰ مع اختلاف یسیر،التهذیب ج ۸ ص ۱۰ ذیل ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۱۰ ب ۲ ح ۴ و ما فی المصادر «عن حمران»و لیس فیها«ابن فضال».

۴- ۴) الفقیه ج ۳ ص ۳۴۵ ح ۲۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۱۰ ب ۴ ح ۲ و فیهما«عن حمران».

5- 5) الحدائق ج 10 ص 12.

بقول الزوج کظهر أبی و أخی و عمی،و قد ذکر الأصحاب ذلک هنا تنبیها علی خلاف بعض العامه،حیث حکم بوقوع الظهار بالتشبیه بمحارم الرجال.

و فیه(أولا)أنه لا دلیل علیه و أصاله الإباحه ثابته حتی یقوم دلیل علی خلافها.

(و ثانیا)أن الرجل لیس محل الاستمتاع و لا فی معرض الاستحلال، و هکذا لو قالت الزوجه أنت علی کظهر أبی أو أمی فإنه لا یفید التحریم إجماعا، لأن الظهار کالطلاق مختص بالرجال.

و علی ذلک یدل أیضا ما رواه

ثقه الإسلام و الصدوق فی کتابیهما (۱)عن السکونی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال أمیر المؤمنین علیه السلام:إذا قالت المرأه زوجی علی حرام کظهر أبی فلا کفاره علیها».

الخامس [فی تعلیق الظهار علی الشرط]

اختلف الأصحاب فی تعلیق الظهار علی الشرط کأن یقول إن دخلت الدار أو فعلت کذا فأنت علی کظهر أمی مریدا به التعلیق،فهل یقع الظهار متی وجد الشرط أم لا؟قولان.

اختار أولهما الشیخ فی النهایه و الخلاف و المبسوط و الصدوق فی المقنع و به قال ابن حمزه و العلامه و المحقق فی النافع،و نقله فی المسالک عن أکثر المتأخرین قال:إنه الأقوی،و کذا اختاره سبطه فی شرح النافع.

و اختار ثانیهما المرتضی-رحمه الله علیه-فی الانتصار و الشیخ المفید-رحمه الله-و ابن البراج فی کتابیه الکامل و المهذب و سلار و أبو الصلاح و ابن زهره،و هو ظاهر ابن الجنید،و به صرح ابن إدریس فقال:و هو الأظهر بین أصحابنا الذی یقتضیه أصول المذهب،لأنه لا خلاف بینهم أن حکمه حکم الطلاق،و لا خلاف بینهم أن الطلاق لا یقع إذا کان مشروطا،و هو اختیار السید المرتضی و شیخنا

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۵۹ ح ۲۷،الفقیه ج ۳ ص ۳۴۶ ح ۲۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۳۴ ب ۲۱ ح ۱.

المفید و علیه جمله أصحابنا و هو اختیار المحقق فی الشرائع و ظاهره أنه قول الأکثر و أن القول الآخر نادر،مع أنه فی النافع و هو متأخر عن الشرائع جعل القول بالصحه مع الشرط أشهر الروایتین.

و الأصل فی الخلاف اختلاف أخبار المسأله المذکوره،فالواجب ذکر ما وصل إلینا من أخبارها ثم الکلام فیها بما رزق الله تعالی فهمه منها ببرکه أهل الذکر علیهم السلام.

و منها ما رواه

ثقه الإسلام فی الکافی و الشیخ فی التهذیب (۱)عن عبد الرحمن ابن الحجاج عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«الظهار ضربان أحدهما فیه الکفاره قبل المواقعه،و الآخر بعدها،فالذی یکفر قبل المواقعه الذی یقول أنت علی کظهر أمی و لا یقول:إن فعلت بک کذا و کذا.و الذی یکفر بعد المواقعه هو الذی یقول:أنت علی کظهر أمی إن قربتک».

و ما رواه

الشیخ عن عبد الرحمن بن الحجاج (۲)

«قال الظهار علی ضربین فی أحدهما الکفاره إذا قال أنت علی کظهر أمی و لا یقول أنت علی کظهر أمی إن قربتک».

و عن حریز (۳)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

الظهار ظهاران فأحدهما أن یقول أنت علی کظهر أمی ثم سکت،فکذلک الذی یکفر قبل أن یواقع،فإذا قال أنت علی کظهر أمی إن فعلت کذا و کذا ففعل فعلیه الکفاره حین یحنث».

و هذه الروایات ظاهره الدلاله علی القول الأول،و یؤیدها عموم الآیات الداله علی وقوع الظهار المتناوله لموضع النزاع،و عموم (۴)«المؤمنین عند شروطهم».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۶۰ ح ۳۲،التهذیب ج ۸ ص ۱۲ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۹ ب ۱۶ ح ۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۳ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۳۱ ب ۱۶ ح ۸.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۲ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۳۰ ب ۱۶ ح ۷ و لیس فیه «قبل أن یواقع»مع اختلاف یسیر فیهما.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۰۴ ح ۸ و ۹.

و منها ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۱)عن القاسم بن محمد الزیات قال:

«قلت لأبی الحسن الرضا علیه السلام:إنی ظاهرت من امرأتی،فقال:کیف قلت؟قال:قلت:

أنت علی کظهر أمی إن فعلت کذا و کذا،فقال:لا شیء علیک فلا تعد».

و ما رواه

فی الکافی (۲)فی الموثق عن ابن بکیر عن رجل من أصحابنا قال:

« قلت لأبی الحسن علیه السلام:إنی قلت لامرأتی أنت علی کظهر أمی إن خرجت من باب الحجره فخرجت،فقال:لیس علیک شیء،قلت:إنی قوی علی أن اکفره؟ فقال:لیس علیک شیء،إنی قوی علی أن أکفر رقبه و رقبتین،قال:لیس علیک شیء قویت أو لم تقو».

و التقریب فیهما أن«شیئا»فی الخبرین نکره فی سیاق النفی فتفید العموم.

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۳)عن ابن فضال عمن أخبره عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا یکون الظهار إلا علی مثل موضع الطلاق».

و التقریب فیه أن الطلاق لا یقع معلقا علی الشرط،و حینئذ فیجب أن یکون الظهار کذلک،لأنه کالطلاق بمقتضی الخبر المذکور.

و أجاب فی المسالک و مثله سبطه فی شرح النافع و قبلهما العلامه فی المختلف عن الروایات بضعف السند،فلا تنهض حجه فی مقابله تلک الأخبار الصحاح، و الأخیر لا یدل علی محل النزاع،إذ الظاهر أنه إنما یرید بموضع الطلاق الشرائط المعتبره فیه من الشاهدین و طهارتها من الحیض و انتقالها إلی غیر طهر المواقعه،و نحو ذلک.

أقول:ما ذکره-قدس سره-من عدم ظهور الخبر الثالث فی الدلاله لاحتماله لما ذکره جید،و علیه یدل ما قدمناه من الأخبار فی التنبیه الثالث.

و أما الجواب عن الأخبار بضعف السند فهو جید علی تقدیر العمل بهذا

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۵۸ ح ۲۴،التهذیب ج ۸ ص ۱۳ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۳۰ ب ۱۶ ح ۴.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۵۴ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۱۳ ح ۱۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۹ ب ۱۶ ح ۳.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۵۴ ح ۵،التهذیب ج ۸ ص ۱۳ ح ۱۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۳۲ ب ۱۶ ح ۱۳.

الاصطلاح المحدث،و أما من لا يعمل به فلا بد له مع العمل بها من تأويلها بما تجتمع به مع الأخبار الأخر،و الشيخ-رحمه الله- فى التهذيب بعد أن طعن فى الخبرين الأولين بضعف الاسناد بتأولهما بتأويلات بعيده.

و ما رواه

الشيخ (1)عن عبد الرحمن بن أبى نجران قال:

«سأل صفوان بن يحيى عبد الرحمن بن الحجاج و أنا حاضر عن الظهار،قال:سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول:إذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أمى لزمه الظهار،قال لها دخلت أو لم تدخلى خرجت أو لم تخرجى أو لم يقل شيئا فقد لزمه الظهار».

أقول:الظاهر أن المراد من الخبر هى أن الظهار لازم بهذه الصيغه،علقه على شيء من الدخول أو عدمه أو الخروج أو عدمه أو لم يعلق،و حينئذ فيكون من أدله القول الثانى.

و بالجمله فإنه على تقدير العمل بجمله هذه الأخبار كما هو المختار فإن المسأله محل إشكال و إعضال،لعدم حضور وجه وجيه يجتمع عليه فى هذا المجال هذا مع إمكان أن يقال إنهم قد صرحوا-كما سيأتى ذكره بعد تمام الكلام فى هذه المسأله-بأن الظهار لا يصح مع قصد الحلف به و إن جعل يمينا كما هو عند العامه،و هو فى الصوره يشارك التعليق على الشرط الذى هو محل البحث،و إنما يفارقه بالنيه و القصد،فإذا قال أنت على كظهر أمى إن كلمت فلانا و إن تركت الصلاه فإن قصد به الزجر عن الفعل أو البعث عليه فهو يمين، و إن قصد به مجرد التعليق كان ظهارا،و الأخبار و كذا كلام الأصحاب قد منعت من الحلف بالظهار لأن الحلف لا يكون إلا بالله عز و جل،و المخالفون على صحته و صحه الحلف به.

و على هذا فمن المحتمل قريبا حمل صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج و صحيحه

1- 1) التهذيب ج 8 ص 14 ح 22،الوسائل ج 15 ص 531 ب 16 ح 12 و فيه«عن عبد الرحمن بن أبى نجران عن عبد الرحمن بن الحجاج قال:سمعت أبا عبد الله».

حریز علی التقیه،بمعنی أن هذا الفرد المعلق علی الشرط فیهما إنما هو من قبیل الیمین،و قد قصد به الزجر أو البعث علی الفعل لا مجرد التعلیق،و إن الحکم بصحته و وجوب الکفاره به فی الخبرین المذکورین إنما هو علی جهه التقیه لأن العامه یحکمون بصحه الحلف به،و یوجبون الکفاره بالحنث به،و بذلک یتعاظم الإشکال فی هذا المجال.

و إلی ما ذکرنا یمیل کلام المحدث الکاشانی-رحمه الله علیه-فی الوافی حیث استوجه حمل هذه الأخبار علی التقیه کما ذکرنا.

و روی فی الکافی (1)عن محمد بن أبی عبد الله الکوفی عن معاویه بن حکیم عن صفوان عن عبد الرحمن بن الحجاج قال:

«سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:إذا حلف الرجل بالظهار فحنث فعلیه الکفاره قبل أن یواقع،فإن کان منه الظهار فی غیر یمین فإنما علیه الکفاره بعد ما یوافق».

قال فی الکافی بعد نقل هذا الخبر:قال معاویه:و لیس یصح هذا علی جهه النظر و الأثر فی غیر هذا الأثر أن یکون الظهار لأن أصحابنا رووا أن الایمان لا یکون إلا بالله،و کذلک نزل بها القرآن،انتهی.

و قال فی الوافی بعد نقل هذا الکلام عن الکافی:أقول:هذا هو الحق و قد مر الاخبار فی ذلک،فالخبر محمول علی تقدیر صحته علی التقیه لموافقته لمذاهب العامه،انتهی.

أقول:و أکثر أخبار هذا الباب غیر خال من الاشکال لما فیه من الاحتمال، و عسی أن نشیر إلی جمله منها إن شاء الله تعالی بعد تمام الکلام فی هذا المطلب.

بقی هنا شیء ینبغی التنبیه علیه،و هو أن المحقق فی الشرائع قال:و لا یقع إلا منجزا فلو علقه بانقضاء الشهر و دخول الجمله لم یقع علی القول الأظهر و قیل:إنه یقع و هو نادر.

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۶۰ ح ۳۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۱۴ ب ۶ ح ۶.

و أنت خبير بأن المشهور فى كلام الأصحاب،و هو الذى دلت عليه الأخبار أن محل الخلاف فى هذا الموضع إنما هو التعليق على الشرط دون الصفه،و ظاهر عبارته هنا أن محل الخلاف التعليق على الصفه،فإن ما ذكره من المثالين إنما هو من باب الصفه،و هو الأمر الذى لا بد من وقوعه عاده من غير احتمال تقدم و لا تأخر كالمثالين المذكورين،و أما الشرط فهو عباره عما يجوز وقوعه عند التعليق و عدمه كقولك إن دخلت الدار و إن فعلت كذا و كذا لنفسه أو المخاطب.

و يمكن أن يقال إن الحكم من أصله مترتب على التعليق سواء كان المعلق عليه صفه أو شرطا،و أن الظاهر من الأخبار صحه و بطلانا إنما هو بالنسبه إلى التعليق،و أنه هل يشترط كونه منجزا لا يعلق على شىء بالكليه أم لا؟و يؤيده أن هذا القسم فيما علق عليه من هذين الفردين المعبر عن أحدهما بالشرط و عن الآخر بالصفه إنما هو أمر اصطلاحى من كلام الأصحاب لا أثر له فى النصوص.

و ربما قيل:إن الخلاف مختص بالشرط عملا بمدلول الأحاديث المذكوره فى المسأله،فإن متعلقها الشرط فتبقى الصفه على أصل المنع.

و فيه أن ما ذكر فى الأخبار من ذكر الشرط إنما خرج مخرج التمثيل للتعليق فلا يقتضى الحصر فيه،و الظاهر منها أن مرجع الخلاف إلى التخيير و عدمه.

و إلى ما ذكرنا يميل كلام شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك إلا أن المسأله بعد لا تخلو من شوب الاشكال.

السادس [فى أنه لا يقع الظهار فى يمين و لا إضرار و لا غضب و لا سكر]

قد صرح الأصحاب-رضوان الله عليهم-من غير خلاف يعرف بأنه لا يقع الظهار فى يمين و لا فى إضرار و لا فى غضب و لا فى سكر.و تفصيل هذا الإجماع بما يتضح به الحال.

أما بالنسبه إلى كونه لا يقع يمينا فالمراد أنه لا يجعل جزاء على فعل أو ترك لقصد البعث على الفعل أو الزجر عن الترك،و لو علق لا بقصد شىء من هذين

الأمرین،فهو محل البحث الذی تقدم الکلام فیه صحه و بطلانا و لیس من الیمین فی شیء،و الفارق بین الأمرین هو القصد کما عرفت.

و یدل علی عدم صحه قصد الیمین به أولا:ما دل من الآیات و الروایات علی عدم الحلف إلا بالله عز و جل.

و ثانیا:ما رواه

فی الکافی (1)فی الحسن أو الموثق عن عبید بن زراره عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا طلاق إلا ما أرید به الطلاق،و لا ظهار إلا ما أرید به الظهار».

و حاصله أنه لا یکون الطلاق طلاقا و لا الظهار ظهارا یترتب علی کل منهما أحکامه إلا بالإراده،و القصد إلی الغرض من کل منهما،و هو الفرقه الخاصه،فلو أراد بالظهار ما تقدم من الزجر أو البعث فقال إن کان کذا أو إن فعلت کذا فامرأته طالق أو کانت کظهر امه علیه فإنه لا یکون طلاقا و لا ظهارا.

و فی معنی هذه الروایه

موثقه عمار (2)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن الظهار الواجب،قال:الذی یرید به الرجل الظهار بعینه». و المراد بالوجوب هنا المعنی اللغوی أی الثابت الذی یترتب علیه أحکامه.و قوله«بعینه»احترازا عما ذکرناه من إراده معنی آخر غیر مجرد المفارقه،و قد تقدم نحو هذا اللفظ فی آخر صحیحه زراره (3)المتقدمه فی صدر هذا المطلب

و حسنه حمران (4)المتقدمه فی التنبیه

1- 1) الکافی ج 6 ص 153 ح 2،التهذیب ج 8 ص 9 ح 2 و فیه«عن ابن بکیر عن زراره»،الوسائل ج 15 ص 510 ب 3 ح 1.

2- 2) الکافی ج 6 ص 158 ح 26،التهذیب ج 8 ص 11 ح 9،الفقیه ج 3 ص 345 ح 21،الوسائل ج 15 ص 510 ب 3 ح 2.

3- 3) الکافی ج 6 ص 153 ح 3،التهذیب ج 8 ص 9 ح 1،الفقیه ج 3 ص 340 ح 3، الوسائل ج 15 ص 511 ب 4 ح 1.

4- 4) الکافی ج 6 ص 153 ذیل ح 1،التهذیب ج 8 ص 10 ح 8،الفقیه ج 3 ص 345 ح 20،الوسائل ج 15 ص 516 ب 7 ح 2.

الثالث و فیهما «لا یکون ظهار فی یمین و لا فی إضرار و لا فی غضب».

و روی فی الکافی (۱)فی الصحیح عن صفوان عن أبی الحسن علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یصلی الصلاه أو یتوضأ،فیشک فیها بعد ذلک،فیقول:إن أعدت الصلاه أو أعدت الوضوء فامرأته علیه کظهر امه،و یحلف علی ذلک بالطلاق،فقال:

هذا من خطوات الشیطان،لیس علیه شیء».

و هذا الخبر مفسر للخبر الأول،فإن الطلاق و الظهار فی هذا الخبر لم یقصد معناهما الحقیقی المتبادر منهما،فلذا جعله علیه السلام لغوا من القول،و العامه یجعلونه حلفا صحیحا یترتب علیه أثره.(۲) و أما بالنسبه إلی الإضرار فلما تقدم فی حسنه حمران (۲)،و نقل عن فخر المحققین أنه حکی قولا بوقوع الظهار بالإضرار،لعموم الآیه.

قال فی شرح النافع:و هو جید لو لم یعمل بهذه الروایه،و کذا بالنسبه إلی الغضب.

و یدل علی عدم الظهار فی حال الغضب زیاده علی حسنه حمران المذکوره

ص :۶۵۱

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۵۵ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۱۳ ب ۶ ح ۴.

۲- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۱ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۱۶ ب ۷ ح ۲.

أيضا ما رواه

فی الکافی (۱)عن أحمد بن محمد بن أبی نصر فی الصحیح عن الرضا علیه السلام قال:

« الظهار لا یقع علی الغضب».

و إطلاق الخبرین المذکورین شامل لمطلق الغضب،ارتفع معه القصد أو لم یرتفع.

و أما بالنسبه إلی السکر فالأمر فیه أظهر،فإن السکران لا شعور له.

و ینبغی أن یضاف إلی هذه الأفراد ما لو أراد أن یرضی بذلک امرأته،و الوجه فیه ظاهر لعدم القصد إلی الظهار بالمعنی المراد به،و لما رواه

فی التهذیب (۲)عن حمزه بن حمران قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:رجل قال لامرأته أنت علی کظهر أمی،یرید أن یرضی بذلک امرأته؟قال:یأتیها لیس علیه شیء».

و رواه

فی الفقیه (۳)عن ابن بکیر عن حمران مثله،و فی آخره

«لیس علیها و لا علیه شیء».

و من الأخبار الداله علی عدم صحته مع قصد الحلف أیضا ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۴)فی الموثق عن ابن بکیر قال:

«تزوج حمزه بن حمران ابنه بکیر فلما أراد أن یدخل بها قال له النساء:لسنا ندخلها علیک حتی تحلف لنا و لسنا نرضی أن تحلف لنا بالعتق لأنک لا تراه شیئا،و لکن احلف لنا بالظهار و ظاهر من أمهات أولادک و جواریک فظاهر منهن،ثم ذکر ذلک لأبی عبد الله علیه السلام فقال:

لیس علیک شیء،ارجع إلیهن».

و هذا الحلف کان علی عدم طلاقها کما یفصح به خبر آخر فی معناه،و فیه

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۵۸ ح ۲۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۱۵ ب ۷ ح ۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۰ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۱۵ ب ۶ ح ۹.

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۳۴۵ ح ۱۵.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۵۴ ح ۷،التهذیب ج ۸ ص ۱۱ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۱۳ ب ۶ ح ۳ و ما فی الکافی و الوسائل«عن عبد اللّه بن المغیره».

أنهم قالوا له«أنت مطلاق فنخاف أن تطلقها فلا ندخلها عليك حتى تقول إن أمهات أولادك عليك كظهر أمك أن طلقتها»الحديث.

السابع:لو قيد الظهار بمده معينه

كيوم أو شهر كأن يقول أنت على كظهر أمي يوما أو شهرا أو سنه،أو إلى شهر أو إلى سنه،فقد اختلف الأصحاب فى ذلك على أقوال:

(أحدها)أنه لا يكون ظهارا،اختاره الشيخ فى المبسوط حيث قال:إذا ظاهر من زوجته مده مثل أن يقول أنت على كظهر أمي يوما أو شهرا أو سنه لم يكن ظهارا،و تبعه ابن البراج و ابن إدريس.

(و ثانيها)أنه يقع،و هو اختيار ابن الجنيد،و إليه يميل كلام المحقق فى الشرائع.

(و ثالثها)التفصيل،فإن زادت المده عن مده التربص على تقدير المرافعه وقع،و إلا فلا،و إليه يميل كلام شيخنا فى المسالك،قال:لأن الظهار يلزمه التربص مده ثلاثه أشهر من حين الترافع،و عدم الطلاق،و هو يدل بالاقتضاء على أن مدته تزيد عن ذلك،و إلا لانتفى اللازم الدال على انتفاء الملزوم،و إلى هذا التفصيل ذهب فى المختلف و لا بأس به،و الروايه الصحيحه لا تنافيه و إن كان القول بالجواز مطلقا لا يخلو من قوه،انتهى.

و نقل العلامه فى المختلف و مثله شيخنا فى المسالك الاستدلال للشيخ فيما ذهب إليه من عدم صحه الظهار

بصحيحه سعيد الأعرج (۱)عن موسى بن جعفر عليه السلام

«فى رجل ظاهر من امرأته يوما،قال:ليس عليه شيء». (۲).

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۱۴ ح ۲۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۳۱ ب ۱۶ ح ۱۰.

۲ - ۲) و قال الفاضل الخراساني فى الكفايه-بعد نقل صحيحه سعيد الأعرج المذكوره كما فى المسالك و المختلف-ما لفظه:هكذا نقل الحديث فى المسالك،و الذى رأيته فى التهذيب«فوقى»بدل«يوما»و هو ظاهر فى أنه لم يقف الا على هذه النسخه خاصه، و بالجمله فإنه يشكل الاعتماد على الخبر المذكور لما ذكرنا.(منه-قدس سره-).

و المحدث الكاشانی فی الوافی نقل هذه الروایه هکذا«ظاهر من امرأته فوقی-عوض قوله«یوما»-قال:لیس علیه شیء»ثم قال:بیان:أی لم یقاربها ثم قال:و فی بعض النسخ«یوما»مکان«فوفی»،و إنما لم یجب علیه شیء لأن الظهار بمجرده لا یوجب شیئا،ثم إن فاء کفر أو طلق خلص،و إن صبر«یوما»علی النسخه الثانیه فلا شیء علیه،انتهی.

و اختلاف النسخ فی ذلک مؤذن بوهن الاعتماد علی الخبر فی الاستدلال سیما أن ظاهره فی الوافی الاعتماد علی نسخه«فوفی»حیث إنها هی التی نقلها فی متن الخبر،و الثانیه و هی نسخه«یوما»إنما ذکرها فی البیان مسندا لها إلی بعض النسخ المشعر بقله ذلک البعض،و ظاهر الشیخین المذکورین حیث استدلا بالخبر بهذا النحو الذی ذکراه،و لم یشیرا إلی نسخه اخری بالکلیه هو الاعتماد علیه.

و أما ما نقل عن ابن الجنید من القول بوقوع الظهار بهذا القول فاحتجوا له بعموم الآیه و أنه منکر من القول و زور کالظهار المطلق.

و استدل له فی المسالک بما روی عن سلمه بن صخر الصحابی (1)و أنه کان قد ظاهر من امرأته حتی ینسلخ رمضان ثم وطأها فی المده،فأمره النبی صلی الله علیه و آله و سلم بتحریر رقبه،ثم إنه-قدس سره-بعد ذکر صوره الروایه تفصیلا قال:و جمله الروایه

عن سلمه بن صخر قال:

«کنت امرء قد أوتیت من جماع النساء ما لم یؤت غیری،فلما دخل رمضان ظاهرت من امرأتی حتی ینسلخ رمضان خوفا من أن أصیب فی لیلتی شیئا فاتابع فی ذلک إلی أن یدرکنی النهار و لا أقدر علی أن أنزل،فبینما هی تخدمنی من اللیل إذ انکشف لی منها شیء فوثبت علیها،فلما أصبحت غدوت علی قومی فأخبرتهم خبری و قلت لهم انطلقوا معی إلی رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فأخبروه بخبری،فقالوا:و الله ما نفعل،نتخوف أن ینزل فینا قرآن، و یقول فینا رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم مقاله یبقی علینا عارها،لکن اذهب أنت و اصنع ما بدا

۱- ۱) سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۸۲ و نقل ملخصا.

لک،فخرجت حتی أتیت النبی صلی الله علیه و آله و سلم فأخبرته بخبری فقال:أنت بذاک؟فقلت:أنا بذلک،فقال:أنت بذاک؟فقلت:أنا بذلک،فقال:أنت بذاک؟فقلت:نعم،ها أنا ذا فامض فی حکم الله عز و جل فأنا صابر له،فقال:أعتق رقبه،فضربت صفحه عنقی بیدی و قلت:لا و الذی بعثک بالحق ما أصبحت أملک غیرها،قال:فصم شهرین متتابعین،فقال:فقلت:یا رسول الله و هل أصابنی ما أصابنی إلا فی الصوم،قال:

قال:فتصدق،قال:قلت:و الذی بعثک بالحق لقد بتنا لیلتنا و ما لنا عشاء،قال:

اذهب إلی صاحب صدقه بنی رزین قل له،فلیدفعها إلیک فأطعم عنک و سقا من تمر،فادفعه إلی ستین مسکینا،ثم استعن سائره علیک و علی عیالک،قال:

فرجعت إلی قومی فقلت:وجدت عندکم الضیق و سوء الرأی،و وجدت عند رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم السعه و البرکه،و قد أمرنی بصدقتکم فادفعوها إلی،قال:فدفعوها إلی».

و فی روایه اخری

«أن النبی صلی الله علیه و آله و سلم أعطاه مکتلا فیه خمسه عشر صاعا فقال:

تطعمه ستین مسکینا لکل مسکین مد». و إنما أتینا علی الروایه مع طولها لما تشتمل علیه من الفوائد و النکت،انتهی.

أقول:و التحقیق أن المسأله لا تخلو من شوب الاشکال الموجب للبقاء فی قالب الاحتمال.

و أما ما استدل به للقول الأول من الصحیحه المذکوره فإن فیه زیاده علی ما عرفت من اختلاف النسخ الموجب لخروج الخبر عن موضع الاستدلال بناء علی تلک النسخه الأخری أن الخبر المذکور علی تقدیر النسخه التی ذکروها غیر صریح الدلاله و لا واضحها فیما ادعی منه،لاحتمال أن یقال:إن المراد بیان أن الظهار بمجرده لا یوجب شیئا،و إنما تجب الکفاره بإراده العود قبل انقضاء المده و لما کانت مده الیوم قصیره،فإذا صبر حتی یمضی فلیس علیه شیء،و حینئذ فقوله«لیس علیه شیء»لا یستلزم أنه لیس ظهارا کما هو المدعی،بل هو أعم من ذلک کما عرفت،و متی قام الاحتمال بذلک بطل الاستدلال،هذا بناء علی

النسخه التی أوردوها،و إلا فالخبر لا تعلق له بما نحن فیه بناء علی النسخه الأخری،و ترجیح إحدی النسختین علی الأخری یحتاج إلی مرجح،و هذه عله أخری.

و أما ما استدل به لابن الجنید من إطلاق الآیه ففیه أنک قد عرفت فی غیر مقام مما تقدم أن الإطلاق إنما یحمل علی الأفراد الشائعه المتکرره،فإنها هی التی ینصرف إلیها الإطلاق دون الفروض النادره التی ربما لا تقع بالکلیه، و إنما تفرض فرضا،و لا ریب أن التقیید بمده فی الظهار شاذ نادر،و کونه محرما و منکرا من القول و زورا لا یستلزم کونه ظهارا تترتب علیه أحکام الظهار فإن کثیرا من الأقوال محرمه و منهی عنها أشد النهی،مع أنها لا یقع بها ظهار و إن اشتملت علی لفظ الظهر.

و أما الروایه التی سجل بها و نقلها بطولها و نوه بشأنها من أنه إنما نقلها بطولها لما اشتملت علیه من الفوائد و النکت فالظاهر أنها عامیه،إذ لا وجود لها فی کتب أخبارنا بالمره،و العجب منهم فی استسلامهم هذه الأخبار العامیه فی أمثال هذه المقامات،و ردهم للأخبار الإمامیه المنقوله فی الأصول الصحیحه بمجرد العمل بهذا الاصطلاح المحدث.

و أما القول بالتفصیل کما جنح إلیه فهو یتوقف علی الدلیل،و لیس إلا مجرد هذه التعلیلات العقلیه التی یتداولونها،و قد عرفت ما فیه.

و أما ما ادعاه-قدس سره-من أن العلامه ذهب فی المختلف إلی هذا التفصیل فهو عجیب،فإن العلامه إنما ذکره احتمالا مؤذنا بأنه لا قائل به،حیث إنه بعد أن نقل قولی الشیخ و ابن الجنید،و نقل دلیلهما،قال:و یحتمل القول بالصحه إن زاد عن مده التربص،و إلا فلا،انتهی.و أین هذه العباره عما نقله عنه،بل ظاهره إنما هو التوقف فی المسأله کما ذکرناه،فإنه بعد أن نقل القولین الأولین أردفهما بهذا الاحتمال و لم یرجح شیئا فی البین.

الثامن [وقوع الخلاف فی صیغتین]

اشاره

قد وقع الخلاف هنا فی صیغتین

(إحداهما)ما لو قال أنت طالق کظهر أمی

فقال الشيخ فى المبسوط:إذا قال أنت طالق كظهر أمى و قصد إيقاع الطلاق بقوله«أنت»و الظهار بقوله«كظهر أمى»طلقت بقوله«أنت طالق»و يصير مظاهرا منها بقوله«كظهر أمى»إن كان الطلاق رجعيا،و يكون تقديره أنت طالق، و أنت كظهر أمى.

و قال ابن البراج:لا يقع بذلك ظهار،نوى ذلك أو لم ينو.

قال فى المختلف:و هو الأقوى،لنا إنه لم يأت بالصيغه،و لا يقع الظهار بمجرد القصد الخالى منها،و قوله«كظهر أمى»لغو،لأنه لم يقل أنت منى و لا معى و لا عندى،فصار كما لو قال ابتداء كظهر أمى.

و قال المحقق فى الشرائع بعد أن نقل قول الشيخ:و فيه تردد،لأن النيه لا تستقل بوقوع الظهار ما لم يكن اللفظ الصريح الذى لا احتمال فيه،و الظاهر أنه على هذا المنوال كلام من تأخر عنهما،و هو الظاهر من القواعد المقرره فى هذه الأبواب بين الأصحاب- لأنه بناء على ما ذكره الشيخ من قصد إيقاع الطلاق بقوله أنت طالق،و الظهار بقوله كظهر أمى-وقوع الطلاق،لحصول صيغته و القصد إليه،و أما الظهار فإنه لم تحصل صيغته الشرعيه،إذ لم يبق من الكلام بعد صيغه الطلاق إلا قوله كظهر أمى،مع أن الاتفاق قائم على أنه بمجرد قول الرجل كظهر أمى لا يكون مظاهرا.

و أما قوله«إنه بتقدير أنت كظهر أمى»بمعنى أنه و إن صرفت كلمه الخطاب السابقه أولا-إلى الطلاق،إلا أنها تعود إلى الظهار أيضا مع النيه و يصير كأنه قال أنت طالق،و أنت كظهر أمى.

ففيه ما عرفت من أن اللفظ بانقطاعه عما تقدمه ليس صريحا فى الظهار، و النيه غير كافيه عندنا فى وقوع ما ليس بصريح،و إنما يتوجه هذا عند من يعتد بالكنايات اعتمادا على النيه،بل صرح بعض من يعتد بالكنايات هنا برد هذا أيضا بناء على ما عرفت من أنه إذا استعملنا قوله أنت طالق فى إيقاع

الطلاق لم يبق إلا كظهر أمي،و هو لا يصلح كنايه إذ لا خطاب فيه لأحد،و أيضا فالأصل فى هذا التركيب أن تكون الجمله الواقعه بعد النكره وصفا لها،فيكون «كظهر أمي»وصفا لقوله«طالق»فالعدول بها عن ظاهر التركيب الذى تقتضيه القواعد من غير موجب خلاف الظاهر.نعم لو عكس فقال:أنت كظهر أمى طالق مع قصدهما معا صح الظهار لوجود صيغته و قصده.

و يبقى الكلام فى الطلاق فيجرى فيه الوجهان،و الشيخ على أصله هنا أيضا من صحتهما معا بالتقريب الذى ذكره ثمه.

(و ثانيهما)ما لو قال أنت على حرام كظهر أمي

،فقال الشيخ فى المبسوط و تبعه ابن البراج:لو قال أنت على حرام كظهر أمى لم يكن مظاهرا سواء نواه أو لا.و تبعه أيضا المحقق فى الشرائع.

و رده العلامه فى المختلف و الشهيد الثانى فى المسالك و غيرهما بأنه مخالف لمذهبه فى المسأله السابقه،و توضيحه أنهم احتجوا هنا على ما ذهبوا إليه من عدم وقوع الظهار بهذه الصيغه بأن الخطاب بقوله«أنت»انصرف إلى الكلمه الاولى، و هى قوله«حرام»و تم الكلام بحصول المسند و المسند إليه فيلغو لأن هذه العباره لا تقتضى الظهار.

و أما قله بعد ذلك«كظهر أمي»و أنه وقع خاليا من المسند إليه لفظا، و النيه غير كافيه فى تقديره،مع أنه فى المسأله السابقه ادعى تقدير المسند إليه فقال:تقديره أنت طالق و أنت كظهر أمي.

و كيف كان فإن وقوع الظهار بهذه الصيغه يدل عليه ما فى

صحيح زراره المتقدم (۱)عن الباقر عليه السلام و فيه لما سأله عن الظهار كيف يكون؟

«قال عليه السلام:يقول الرجل لامرأته و هى طاهر فى جماع أنت على حرام كظهر أمي». و هى صريحه

۱- ۱) قد تقدم فى صدر هذا المطلب.(منه-قدس سره-).الكافى ج ۶ ص ۱۵۳ ح ۳.

فی المطلوب و قوله فیها«حرام»تأکید لغرضه من الظهار،فلا ینافیه.

و العجب من الشیخ-رحمه الله علیه-فی تجویز الظهار بالکنایات،و ما هو أبعد من هذه مع الخلو عن النصوص فی الجمیع،و منعه هذه الصیغه مع ورود النص الصحیح بها. (۱)

المطلب الثانی فی المظاهر:

اشاره

لا خلاف فی أنه یعتبر فی المظاهر ما یعتبر فی المطلق من البلوغ و کمال العقل و الاختیار و القصد،و تحقیق هذه الشروط قد مضی فی کتاب الطلاق،فلیطلب من هناک،فلا یصح ظهار الطفل و لا المجنون و لا المکره و لا فاقد القصد،بسکر کان أو إغماء أو غضب یبلغ به إلی ذلک،و هو مما لا إشکال و لا خلاف فیه بقی الکلام هنا فی مواضع

الأول:أنه هل یصح ظهار الخصی و المجبوب أم لا؟

و تفصیل القول فی ذلک أنه إن بقی لهما ما یمکن به الجماع المتحقق بإدخال

ص :۶۵۹

۱- ۱) بقی هنا فی المسأله صور اخری:(منها)أن یقول هذا القول و لا ینوی شیئا بالکلیه،و الذی صرحوا به أنه یقع الطلاق هنا لإتیانه بلفظه الصریح،و أما الظهار فإنه لا یقع،لان قوله«کظهر أمی»لا استقلال له حیث انه قد انقطع عن قوله«أنت». (منها)أن یقصد بمجموع الکلام الطلاق خاصه،بجعل قوله«کظهر أمی»تأکیدا لتحریم الطلاق بمعنی أنها طالق طلاقا کظهر امه،و لا إشکال فی أنه یقع الطلاق هنا دون الظهار،قالوا:و لا خلاف فی هذین الفردین. (و منها)أن یقصد بالجمیع الظهار خاصه،قالوا:یحصل الطلاق دون الظهار أیضا، أما الأول فلفظه الصریح فیه،و اللفظ الصریح لا یعقل صرفه الی غیره،حتی لو قال لزوجته أنت طالق،ثم قال أردت به طالق من وثاق غیری أو نحو ذلک لم یسمع منه و حکم به علیه.و أما الثانی فلان الطلاق لا ینصرف الی الظهار،و الباقی بعد صیغه الطلاق لیس بصریح فی الظهار کما عرفت،و مع أنه لم ینو به الظهار و انما نواه بالجمیع. (و منها)أن یقصد بمجموع کلامه الطلاق و الظهار معا،و حکمه أنه یحصل الطلاق دون الظهار أیضا بالتقریب المذکور فی سابق هذه الصوره. (و منها)أن یقصد الطلاق بقوله أنت طالق،و الظهار بقوله کظهر أمی،و هذه مسأله الکنایات المذکوره فی الأصل و هی محل الخلاف.(منه-قدس سره-).

الحشفه أو قدرها من مقطوعها فلا إشكال فی صحه ظهارهما لأنهما فی حکم الصحیح و إن لم یمکنهما الإیلاج بنی صحه ظهارهما و عدمها.

(أولا)علی أن فائده الظهار هل یختص بالوطء بمعنی تحریم الوطء علیه خاصه،و یحل له ما سوی ذلک؟أو یشمل ما عداه من الاستمتاعات،فیحرم علیه الجمیع؟و سیأتی تحقیق الکلام فی ذلک إن شاء الله تعالی،فإن قلنا بالثانی صح ظهارهما،و إلا فلا،لعدم ظهور فائدته.

(و ثانیا)علی أنه هل یشترط فی صحه الظهار الدخول أولا بالمظاهره أم لا؟فإن قلنا بالأول فلا ظهار هنا حیث إنه لم یتحقق منهما الدخول و لم یوجد شرطه فلا وجود له،و إن قلنا بالثانی صح ظهارهما،و سیأتی الکلام فی المسأله إن شاء الله تعالی.

الثانی:هل یصح الظهار من الکافر أم لا؟

فذهب الشیخ فی المبسوط و الخلاف إلی الثانی،و نحوه یظهر من ابن الجنید أیضا.

قال الشیخ فی الکتابین المذکورین:لا یصح الظهار من الکافر و لا التکفیر.

و قال ابن الجنید:و کل مسلم من الأحرار و غیرهم إذا کان بالغا مملکا للفرج ممنوعا من نکاح غیره بملکه إیاه إذا ظاهر من زوجته فی حال صحه عقله لزمه الکفاره.و القید بالمسلم فی کلام مشعر باختیاره لهذا القول،و من ثم نسباه إلی ظاهره.

و إلی الأول ذهب ابن إدریس فقال:الذی یقوی فی نفسی أن الظهار یصح من الکافر.

و بذلک قال المحقق و العلامه:و الظاهر أنه المشهور بین المتأخرین.

و احتجوا علیه بعموم الآیه،و هی قوله عز و جل «وَ الَّذِینَ یُظٰاهِرُونَ مِنْ نِسٰائِهِمْ» و غیر ذلک من العمومات.

ص:۶۶۰

احتج الشيخ بأن من يصح ظهاره تصح الكفاره منه لقوله عز و جل «وَ الَّذِينَ يُظٰاهِرُونَ مِنْ نِسٰائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمٰا قٰالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ» (۱)و الكافر لا يصح منه الكفاره لأنها عباده تفتقر إلى النيه (۲)كسائر العبادات،و إذا لم يصح منه التكفير الرافع للتحريم لم يصح التحريم فی حقه.

و أجيب بمنع عدم صحتها منه مطلقا،بلا غايه توقفها على شرط،و هو قادر عليه بالإسلام كتكليف المسلم بالصلاه المتوقفه على شرط الطهاره و هو غير متطهر لكنه قادر على تحصيله.

و أورد على ذلك أن الذمی مقر على دينه متى قام بشرائط الذمه،فحمله على الإسلام لذلك بعيد،و أن الخطاب بالعباده البدنيه لا يتوجه على الكافر الأصلی.

و أجيب بأنا لا نحمل الذمی على الإسلام،و لا نخاطبه بالصوم،و لكن نقول:

لا يمكن من الوطء إلا هكذا،فإما أن يتركه أو يسلك طريق الحمل.

أقول:ما ذكروه فی هذا المقام من النقض و الإبرام ظاهر بناء على ما هو المشهور بينهم بل ربما ادعی عليه الإجماع من كافه العلماء ما عدا أبی حنيفه من أن الكافر مخاطب بالفروع و مكلف بها،إلا أنها لا تقبل منه إلا بالإسلام.

و أما على ما ذهب إليه بعض المحدثين من متأخری المتأخرين،و هو الظاهر من أخبارهم عليهم السلام كما تقدم تحقيق البحث فيه فی كتاب الطهاره فی باب غسل الجنابه (۳)من أن الكافر غير مكلف و لا مخاطب بالأحكام الشرعيه إلا بعد الإسلام فإنه يتجه أن يقال بصحه ما ذهب إليه الشيخ هنا من عدم صحه الكفاره من صوم أو عتق أو إطعام من الكافر لأنه غير مكلف بالعبادات حال كفره و الصحه عباره عن امتثال الأمر،و هو كما عرفت غير مأمور إلا بعد الايمان بالله و رسوله،

۱- ۱) سوره المجادله-آيه ۳.

۲- ۲) أقول:المراد بالنيه هنا فی كلامهم هی القربه تجوزا.(منه-رحمه الله-).

۳- ۳) الحدائق ج ۳ ص ۳۹.

فعدم صحه عباداته من حيث كفره،و متى ثبت عدم صحه الكفاره ثبت عدم صحه ظهاره و عدم حصول التحريم به.لأن انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم، و يؤكده أن توبته بدونها خارج عن القانون الشرعى و الدين المحمدى صلى الله عليه و آله و سلم.

و أما قوله بمنع عدم صحتها من الكافر مطلقا،و إنما غايته توقفه على شرط بمعنى أن البطلان إنما هو من حيث فقد شرط مقدور.

ففيه أن البطلان-بناء على ما ذكرناه-إنما هو من حيث عدم التكليف بذلك و عدم توجه الأمر إلى الكافر حال كفره،لأن الصحه عباره عن موافقه الأمر كما عرفت.

الثالث [فى وقوع الظهار من العبد]

أنه لا خلاف فى وقوع الظهار من العبد،بل قال فى المسالك:إنه مذهب علمائنا أجمع،و إنما خالف فيه بعض العامه نظرا إلى أن لازم الظهار إيجاب تحرير رقبه،و العبد لا يملكها.

و أجيب بأن وجوبها فى الآيه مشروط بوجدانها،و قد قال تعالى «فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيامُ شَهْرَيْنِ مُتَتابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسّا» (۱)و العبد غير واحد فيلزمه الصوم.

أقول:و يدل على ذلك ما رواه

المشايخ الثلاثه (۲)-رضى الله عنهم-فى الصحيح فى بعضها عن محمد بن حمران و هو مجهول قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المملوك أ عليه ظهار؟فقال:عليه نصف ما على الحر صوم شهر،و ليس عليه كفاره من صدقه و لا عتق».

و ما رواه

فى الكافى (۳)عن جميل بن دراج فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث فى الظهار قال:

«إن الحر و المملوك سواء،غير أن على المملوك نصف ما على الحر من الكفاره،و ليس عليه عتق رقبه و لا صدقه،إنما هو عليه صيام

ص:۶۶۲

۱- ۱) سوره المجادله-آیه ۴.

۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۱۵۶ ح ۱۳،التهذيب ج ۸ ص ۲۴ ح ۵۴، الفقيه ج ۳ ص ۳۴۳ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۲ ب ۱۲ ح ۱.

۳- ۳) الكافى ج ۶ ص ۱۵۵ ح ۱۰،التهذيب ج ۸ ص ۹ ح ۳، الفقيه ج ۳ ص ۳۴۶ ح ۲۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۲ ب ۱۲ ح ۲.

شهر». و رواه الصدوق عن جميل مثله إلى قوله من الكفاره.

و عن أبى حمزه الثمالى (۱)عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن المملوك أ عليه ظهار؟فقال:نصف ما على الحر من الصوم،و ليس عليه كفاره صدقه و لا عتق رقبه».

و ربما أشعرت هذه الأخبار بعدم ملك العبد لأن تخصيص الكفاره بالصوم دون الفردين الآخرين إنما هو من حيث كونهما متوقفين على المال و أن العبد لا يملك،و إلا فلو قلنا بملكه-كما هو ظاهر جمله من الأخبار و هو المختار فى المسأله و إن توقف تصرفه على إذن سيده-فإنه لا يظهر لهذا التخصيص وجه بل ينبغى أن يجعل كالحر فى أنه إن وجد تصدق أو أعتق رقبه و إن لم يجد انتقل إلى الصيام.

المطلب الثالث فى المظاهره:

اشاره

و الكلام فيه يقع فى مواضع

الأول [فى أنه يشترط أن تكون منكوحه بالعقد]

قال فى الشرائع:و يشترط أن تكون منكوحه بالعقد،فلا يقع بالأجنبيه،و لو علقه على النكاح،قال الشارح فى المسالك:هذا عندنا موضع وفاق،و الأصل فيه أن الله تعالى علق الظهار على الأزواج،فقال «وَ الَّذِينَ يُظٰاهِرُونَ مِنْ نِسٰائِهِمْ» فيبقى غيرهن على الأصل،و خالف فيه بعض العامه،فصححه بالأجنبيه إذا علقه بنكاحها كما صححه كذلك فى الطلاق.

أقول:الظاهر من إيراد هذه المقاله إنما هو الرد على هذا البعض من العامه فى تجويزه الظهار بالأجنبيه إن علق على نكاحها،إلا أن تقييد النكاح بالعقد فى كلام المصنف-و كذا استدلاله فى المسالك بالآيه الداله على أنه لا يقع إلا بالأزواج-ظاهر فى أنه لا يقع بملك اليمين،مع أنه سيأتى إن شاء الله تعالى أن الأشهر الأظهر وقوع الظهار بها كما دلت عليه جمله من الأخبار،و العجب من غفله الشارح-قدس سره-عن التنبه لذلك و التنبيه عليه.

ص:۶۶۳

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۵۶ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۲ ب ۱۲ ح ۳.

الثانی:أنه یشترط فی المظاهره أن تکون طاهرا طهرا لم یقربها فیه

إذا کان زوجها حاضرا و کان مثلها تحیض،و لو کان غائبا صح،و کذا لو کان حاضرا و هی یائسه أو لم تبلغ،و هذه الأحکام قد تقدم تحقیق الکلام فیها فی کتاب الطلاق،و الظهار یجری مجراه فی جمیع ما ذکر،و قد تقدم فی جمله من الأخبار ما یدل علی هذه الأحکام منها.

فی صحیحه زراره (۱)

«أنه سأله عن الظهار فقال:إنه یقول الرجل لامرأته و هی طاهر فی جماع أنت علی کظهر أمی أو أختی،و هو یرید بذلک الظهار».

و فی روایه الفضیل بن یسار (۲)

«و لا یکون الظهار إلا علی موضع الطلاق».

و هذه الروایه داله علی اعتبار هذه الشروط إجمالا.

و فی روایه حمران (۳)

«لا یکون ظهار إلا علی طهر من غیر جماع بشهاده شاهدین مسلمین». إلی غیر ذلک من الأخبار التی تقدمت.

الثالث [فی الأخبار الداله علی اشتراط الدخول فی صحه الظهار]

قد اختلف الأصحاب-رحمه الله علیهم-فی اشتراط الدخول بالمظاهره و عدمه بالنسبه إلی صحه الظهار و عدمها،فذهب جمع منهم الشیخ المفید و السید المرتضی و ابن إدریس و سلار و ابن زهره و غیرهم إلی العدم فجوزوا الظهار من الزوجه قبل الدخول بها،و ذهب جمع منهم الشیخ و الصدوق إلی اشتراط صحه الظهار بذلک،و هو الظاهر من ابن الجنید و ابن البراج فی کتابیه،و علیه أکثر المتأخرین.

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۵۳ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۹ ح ۱ و فیه اختلاف یسیر، الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۹ ب ۲ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۵۴ ح ۵،التهذیب ج ۸ ص ۱۳ ح ۱۹ و فیهما«ابن فضال عمن أخبره»،الفقیه ج ۳ ص ۳۴۰ ح ۲ مرسلا،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۹ ب ۲ ح ۳.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۴۳ ذیل ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۰ ذیل ح ۸،الفقیه ج ۳ ص ۳۴۵ ذیل ح ۲۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۹ ب ۲ ذیل ح ۱.

و یدل علی هذا القول من الأخبار ما رواه

فی الکافی (۱)عن الفضیل بن یسار فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل مملک ظاهر امرأته،فقال لی:

لا یکون ظهار و لا إیلاء حتی یدخل بها».

و رواه الصدوق (۲)بإسناده عن الحسن بن محبوب فی الصحیح مثله،و لا ملاک للتزویج من غیر دخول.

و ما رواه

الشیخ (۳)فی الصحیح عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر و أبی عبد الله علیهما السلام

«قال فی المرأه التی لم یدخل بها زوجها،قال:لا یقع بها إیلاء و لا ظهار».

و ما رواه

فی التهذیب (۴)فی الصحیح عن الفضیل بن یسار قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل مملک ظاهر امرأته،قال:لا یلزم-ثم قال:-و قال لی:

لا یکون ظهار و لا إیلاء حتی یدخل بها». و قد تقدم معنی قوله مملک.

احتج من قال بالأول بالعمومات،و فیه أن العمل بالخاص مقدم علی العام کما هی القاعده،الا أن هذا إنما یتم علی ما هو المشهور من العمل بخبر الآحاد و أما علی مذهب السید و ابن إدریس من عدم العمل بأخبار الآحاد فتبقی العمومات سالمه عن المعارض،فیتجه القول بذلک علی أصلهما الغیر الأصیل و مذهبهما الخارج عن نهج السبیل،و بذلک یظهر لک أن العمل إنما هو علی القول الثانی.

الرابع [فی وقوع الظهار بالمستمتع بها]

المشهور بین الأصحاب-رحمه الله علیهم-وقوع الظهار بالمستمتع بها کالزوجه الدائمه،و هذا مذهب السید المرتضی و ابن أبی عقیل و أبی الصلاح

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۵۸ ح ۲۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۱۶ ب ۸ ح ۱.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۳۴۰ ح ۱.

٣- ٣) التهذيب ج ٨ ص ٢١ ح ٤٠،الوسائل ج ١٥ ص ٥١٦ ب ٨ ح ٢ و فيهما«لا يقع عليها».

۴- ۴) التهذيب ج ٨ ص ٢١ ح ۴١ و فيه«جميل بن دراج»،الوسائل ج ١٥ ص ٥١٦ ب ٨ ح ١ و فيهما اختلاف يسير.

و ابن زهره.

و ظاهر الصدوق و ابن الجنيد العدم حيث قالا:و لا يقع الظهار إلا موقع الطلاق،و اختاره ابن إدريس.

احتج الأولون بالعمومات من الكتاب و السنه،و احتج فی المختلف للقول الثانی بأن الظهار حکم شرعی یقف علی مورده و لم یثبت فی نکاح المتعه حکمه مع أصاله الإباحه،ثم أجاب عنه بالمنع من عدم الثبوت،قال:و قد بینا العمومات.

و احتج فی المسالک لهذا القول بانتفاء لازم الظهار،فإن منه المرافعه المترتبه علی الإخلال بالواجب بالوطء،و إلزامه أحد الأمرین الفدیه أو الطلاق، و هو ممتنع فی المتعه،و إقامه هبه المده مقامه قیاس،و انتفاء اللوازم یدل علی انتفاء الملزومات.

ثم إنه أجاب عنه بأن هذه اللوازم مشروطه بزوجه یمکن فی حقها ذلک فلا یلزم من انتفائها انتفاء جمیع الأحکام التی أهمها تحریم الاستمتاع من دون المرافعه،و قد تقدم البحث فی ذلک فی بابها من النکاح،انتهی و هو جید.

الخامس [فی أنه هل یقع الظهار بالأمه الموطوءه بملک الیمین؟]

اختلف الأصحاب فی الأمه الموطوءه بملک الیمین و لو مدبره أو أم ولد فقیل:إنه یقع بها الظهار و هو قول الشیخ،قال:إنه یقع سواء کانت أمه مملوکه أو مدبره أو أم ولد.

و قال فی المبسوط:و روی أصحابنا أن الظهار یقع بالأمه و المدبره و أم الولد و هو اختیار ابن أبی عقیل و ابن حمزه.و قیل:إنه لا یقع بها،و هو قول الشیخ المفید و أبی الصلاح و سلار و ابن البراج فی کتابیه و ابن إدریس و غیرهم (۱)و الأول

۱- ۱) و قد بالغ ابن أبی عقیل فی إنکار هذا القول أشد المبالغه فقال:و زعم قوم من العامه أن الظهار لا یقع علی الأمه،و قد جعل الله تعالی أمه الرجل من نسائه فقال فی آیه التحریم «وَ أُمَّهٰاتُ نِسٰائِکُمْ» و أم أمته کأم امرأته انها من أمهات النساء،کما حرم الله أم الحره حرم أم الأمه المنکوحه،و قد قال تعالی «وَ الَّذِینَ یُظٰاهِرُونَ مِنْ نِسٰائِهِمْ» فلم کان إحداهن أولی بحکم الظهار من الأخری؟لو لا التحکم فی دین الله عز و جل و الخروج عن حکم کتابه،قال:و قد اعتل قوم منهم فزعموا أن الظهار کان طلاق العرب فی الجاهلیه، و الطلاق یقع علی المرأه الحره دون الأمه،فلذلک یقع الظهار علی الحره دون الأمه ثم أجاب عنه بأن الذین أوجبوا حکم الظهار فی الأمه کما أوجبوا فی الحره هم سادات العرب و فصحاؤهم،و هم أعلم الناس بطلاق الجاهلیه و الإسلام و شرائع الدین و لفظ القرآن و حظره و إباحته و محکمه و متشابهه و ناسخه و منسوخه و ندبه و فرضه،إلا أن تزعموا أن علیا(ع) و أولاده علیهم السلام من العجم،و لو قلتم ذلک لم یکن أکثر من بعضکم لهم و تکفیر کم لشیعتهم.انتهی کلامه زید مقامه و علت فی الخلد أقدامه.و فی آخره دلاله واضحه علی نصب المخالفین و بغضهم لأهل البیت علیهم السلام کما هو مذهب غیره من المتقدمین أیضا خلافا لمتأخری أصحابنا-رضوان الله علیهم.(منه-قدس سره-).

أظهر،و الظاهر أنه المشهور بين المتأخرين.

و يدل عليه من الأخبار التی هی المعتمد فی الإیراد و الإصدار ما رواه

المشایخ الثلاثه (1)-عطر الله مراقدهم-عن إسحاق بن عمار فی الموثق قال:

« سألت أبا إبراهیم علیه السلام عن الرجل یظاهر من جاریته،فقال:الحره و الأمه فی ذلک سواء».

و ما رواه

فی الکافی (2)عن محمد بن مسلم فی الصحیح عن أحدهما علیهما السلام قال:

« و سألته عن الظهار علی الحره و الأمه؟قال:نعم».

و عن حفص بن البختری (3)فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله و أبی الحسن علیهما السلام

«فی

1- 1) الکافی ج 6 ص 156 ح 11،التهذیب ج 8 ص 24 ح 51،الفقیه ج 3 ص 346 ح 23،الوسائل ج 15 ص 520 ب 11 ح 1.
2- 2) الکافی ج 6 ص 156 ح 12،التهذیب ج 8 ص 17 ح 28 و فیهما«و سألته»، الوسائل ج 15 ص 520 ب 11 ح 2.
3- 3) الکافی ج 6 ص 157 ح 16،التهذیب ج 8 ص 21 ح 42،الوسائل ج 15 ص 521 ب 11 ح 3.

رجل کان له عشر جوار فظاهر منهن کلهن جمیعا بکلام واحد،فقال:علیه عشر کفارات».

و ما رواه

الشیخ (۱)عن ابن أبی یعفور قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل ظاهر من جاریته،قال:هی مثل ظهار الحره».

و عن محمد بن مسلم (۲)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن الظهار من الحره و الأمه؟قال:نعم».

و ما رواه

فی قرب الاسناد (۳)عن أحمد بن محمد بن عیسی عن أحمد بن محمد بن أبی نصر عن الرضا علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یظاهر من أمته؟فقال:کان جعفر یقول:یقع علی الحره و الأمه الظهار».

و یدل علی القول الثانی ما رواه

الشیخ (۴)عن حمزه بن حمران قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل جعل جاریته علیه کظهر امه،قال:یأتیها و لیس علیه شیء».

و رده فی المسالک و مثله سبطه فی شرح النافع بضعف السند فلا یعارض ما تقدم من الأخبار التی فیها الصحیح و غیره.

و أجاب عنها الشیخ بالحمل علی ما إذا أخل بشرائط الظهار،قال فی الاستبصار:لأن حمزه بن حمران روی هذه الروایه فی کتاب البزوفری أنه یقول ذلک لجاریته و یرید إرضاء زوجته،و هذا یدل علی أنه لم یقصد به الظهار الحقیقی و إذا لم یقصد ذلک لم یقع ظهاره صحیحا،و لا یحصل علی وجه تتعلق به الکفاره،انتهی.

ص:۶۶۸

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۲۴ ح ۵۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۱ ب ۱۱ ح ۴.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۵۶ ح ۱۲،التهذیب ج ۸ ص ۱۷ ح ۲۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۰ ب ۱۱ ح ۲.
۳- ۳) قرب الاسناد ص ۱۶۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۱ ب ۱۱ ح ۷.
۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۲۴ ح ۵۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۱ ب ۱۱ ح ۶.

و أشار بالروایه المذکوره إلی ما قدمناه من روایه حمزه المذکوره فی آخر التنبیه السادس من المطلب الأول،و هو و إن کان لا یخلو من بعد لاحتمال کون هذه الروایه غیر تلک إلا أنه فی مقام الجمع بین الأخبار غیر بعید.

و یحتمل حمل الروایه المذکوره علی التقیه،فإن القول بمضمونها مذهب جمع من العامه کما ذکره ابن أبی عقیل-رحمه الله-فی عبارته و بحثه فی ذلک معهم.

و نقل فی المسالک الاستدلال لهذا القول أیضا بقوله علیه السلام

فی مرسله ابن فضال (۱)

«لا یکون ظهار إلا علی مثل موضع الطلاق». و الطلاق لا یقع بملک الیمین.

و فیه أنا قد قدمنا سابقا الجواب عن مثل هذا الاستدلال بهذا الخبر بأن الظاهر أن المراد إنما هو بالنسبه إلی الشرائط المعتبره فی الطلاق من الشاهدین و کونها فی طهر لم یقربها إلی الشرائط المعتبره و کونها طاهرا من الحیض نحو ذلک،بمعنی أنه لا بد فی الظهار من استکماله لهذه الشروط المشترطه فی الطلاق هذا هو الظاهر من الخبر،لا ما ذکروه هنا،و کذا فی مسأله تعلیق الظهار الشرط کما تقدم من الاستدلال بهذا الخبر علی نفی ذلک،فإن الظاهر بعده.

و بذلک یظهر لک أن الأظهر هو القول الأول،و أنه هو الذی علیه المعول و المحقق فی الشرائع قد تردد فی هذه المسأله،و نسب الوقوع إلی الروایه،و الظاهر ضعفه،فإنه لیس لهذا القول بعد الروایتین اللتین ذکرناهما إلا مجرد علل علیله لا تصلح فی حد ذاتها للاستدلال،فضلا عن أن یکون فی مقابله تلک الأخبار و الروایتان المذکورتان قد عرفت ما فیها،و الله العالم.

السادس [هل إطلاق الدخول یشمل الدبر؟ و هل إطلاق الحکم یتناول الصغیره؟]

و قالوا:و مع الدخول یقع و لو کان الوطء دبرا،صغیره کانت أو کبیره،مجنونه أو عاقله.

قیل فی بیان وجهه:إن إطلاق الدخول یشمل الدبر کما تحقق فی

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۵۴ ح ۵،التهذیب ج ۸ ص ۱۳ ح ۱۹،الفقیه ج ۳ ص ۳۴۰ ح ۲ مرسلا مع اختلاف یسیر،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰۹ ب ۲ ح ۳.

باب المهر و غيره،و إطلاق الحكم يتناول الصغيره و إن حرم الدخول بها و الكبيره المجنونه و العاقله.

أقول:قدمنا فی غير موضع أن إطلاق الدخول فی الأخبار إنما ينصرف إلى الفرد المتعارف الشائع المتكرر دون الفروض النادره.و لا ريب أن الفرد الشائع المتكرر المندوب إليه إنما هو الوطء فی القبل خاصه.

و بالجمله فإن بناء الأحكام عليه و إن اشتهر فی كلامهم إلا أنه غير خال من الاشكال كما تقدم تحقيقه بوجه أبسط،و الله العالم.

المطلب الرابع فی الأحكام:

اشاره

و فيه مسائل:

الاولى [فی أن الكفاره لا تجب بمجرد الظهار و إنما تجب بالعود] :

اشاره

قد صرح الأصحاب-رضوان الله عليهم-بأن الكفاره لا تجب بمجرد الظهار،و إنما تجب بالعود و إراده الوطء و أنه لا استقرار لها.

أقول:تفصيل هذا الإجمال يقع فی مواضع ثلاثه:

الأول [عدم الخلاف فی ذلک]

أنه لا خلاف بين كافه أهل العلم فی أن الكفاره لا تجب بمجرد الظهار و إنما تجب بالعود،قال الله تعالى و عز و جل «وَ الَّذِينَ يُظاهِرُونَ مِنْ نِسائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِما قالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ» (۱)الآيه،فإنه سبحانه رتب التحرير على العود،و المراد إراده العود لا العود بالفعل،نظيره قوله عز و جل «فَإِذا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللّهِ» (۲)«و إِذا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلاهِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ» (۳)أی إذا أردت القراءه و إذا أردتم القيام،و المراد بما قالوا تحريم الوطء الذی حرموه على أنفسهم بالظهار، و المعنى أنهم إذا أرادوا استباحه الوطء الذی حرموه على أنفسهم بالظهار فلا بد أولا من تحرير رقبه.

۱- ۱) سوره المجادله-آيه ۳.

۲- ۲) سوره النحل-آيه ۹۸.

۳- ۳) سوره المائده-آيه ۶.

و یدل علی ما ذکرنا من الأخبار ما رواه

الشیخ (۱)فی الصحیح عن جمیل ابن دراج عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه سأله عن الظهار متی یقع علی صاحبه فیه الکفاره؟فقال:إذا أراد أن یواقع امرأته،قلت:فإن طلقها قبل أن یواقعها، أ علیه کفاره؟قال:لا،سقطت الکفاره عنه».

و ما رواه

فی الصحیح عن الحلبی (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یظاهر من امرأته ثم یرید أن یتم علی طلاقها،قال:لیس علیه کفاره،قلت:

إن أراد أن یمسها؟قال:لا یمسها حتی یکفر،قلت:فإن فعل فعلیه شیء؟قال:

إی و الله إنه لآثم ظالم،قلت:علیه کفاره غیر الاولی؟قال:نعم».

و ما رواه

فی الکافی (۳)عن أبی بصیر قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:متی تجب الکفاره علی المظاهر؟قال:إذا أراد أن یواقع،قال:قلت:فإن واقع قبل أن یکفر؟قال:فقال:علیه کفاره أخری».

أقول:ظاهر هذا الخبر و الخبر الأول أن الحنث الموجب للکفاره لا یقع بمجرد الإراده للمواقعه،بل بالمواقعه بالفعل،و سیأتی ما ظاهره المنافاه.

و ما رواه

فی الکافی (۴)عن علی بن مهزیار قال:

«کتب عبد الله بن محمد إلی أبی الحسن علیه السلام:جعلت فداک إن بعض موالیک یزعم أن الرجل إذا تکلم بالظهار وجبت علیه الکفاره حنث أو لم یحنث،و یقول:حنثه کلامه بالظهار،و إنما

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۵۵ ح ۱۰،التهذیب ج ۸ ص ۹ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۱۸ ب ۱۰ ح ۴ و ما فی المصادر اختلاف یسیر.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۱۸ ح ۳۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۷ ب ۱۵ ح ۴ و فيهما «نعم يعتق أيضا رقبه».

۳- ۳) لم نعثر عليها فى الكافى،التهذيب ج ۸ ص ۲۰ ح ۳۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۷ ب ۱۵ ح ۶.

۴- ۴) الكافى ج ۶ ص ۱۵۷ ح ۱۹،التهذيب ج ۸ ص ۱۲ ح ۱۳ و فيه«عبد الله بن محمد قال:قلت له»،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۱۳ ب ۶ ح ۵.

جعلت علیه الکفاره عقوبه لکلامه،و بعضهم یزعم أن الکفاره لا تلزمه حتی یحنث فی الشیء الذی حلف علیه،فإن حنث وجبت علیه الکفاره،و إلا فلا کفاره علیه،فوقع علیه السلام بخطه:لا تجب الکفاره حتی یجب الحنث».

أقول:أراد علیه السلام بالوجوب فی قوله«حتی یجب الحنث»معناه اللغوی، أی حتی یحصل الحنث و یثبت منه،و قد عرفت أن الحنث یحصل بإراده المواقعه، و الشیخ حمل هذا الخبر علی الظهار المشروط،و جعل حنثه هو تحقق الشرط الذی علق علیه الظهار،و الظاهر أنه نظر إلی قوله«حتی یحنث فی الشیء الذی حلف علیه»فإنه ظاهر فی أن السؤال إنما کان عن الظهار المشروط المقصود به الیمین، إلا أنک قد عرفت أنه لا یصح علی أصولنا و إنما یصح علی أصول العامه،أو لعله علیه السلام أجمل فی الجواب لذلک.

و بذلک یظهر أنه لا وجه لما حمل علیه الشیخ الخبر من الظهار المشروط، و أنه متی لم یحصل الشرط لم تجب علیه الکفاره،لأن ظاهر الخبر المذکور بالنظر إلی قوله«یحنث فی الشیء الذی حلف علیه»لا یلائم ما ذکره بناء علی التقریب الذی ذکرناه،و مع قطع النظر عن ذکر الحلف أو تأویله بوجه علی خلاف ظاهره،فإن الخبر ظاهر فیما دلت علیه الأخبار السابقه من تحقق الحنث بمجرد إراده المواقعه،فلا ضروره إلی الحمل إلی الظهار المشروط.

بقی هنا شیء و هو أنه

قد روی فی الکافی (۱)عن زراره قال:

«قلت:لأبی جعفر علیه السلام:إنی ظاهرت من أم ولدی ثم وقعت علیها ثم کفرت،فقال:هکذا یصنع الرجل الفقیه إذا واقع کفر».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۵۹ ح ۲۹ و فیه«من أم ولد لی ثم واقعت»،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۹ ب ۱۶ ح ۲.

و روى فى الكافى و التهذيب (۱)فى الصحيح أو الحسن عن زراره قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:رجل ظاهر ثم واقع قبل أن يكفر،فقال لى:أو ليس هكذا يفعل الفقيه».

و هذان الخبران بحسب الظاهر مخالفان لظاهر الكتاب و السنه الدال على وجوب الكفاره بإراده المواقعه،و أنه لا يجوز المواقعه بدون الكفاره،و الظاهر حملها على الظهار المشروط بالمواقعه،كقوله«أنت على كظهر أمى إن واقعتك» قاصدا به الظهار دون الحلف للزجر مثلا،فإن الكفاره فى هذه الصوره لا تجب إلا بعد المواقعه،لأن الحنث إنما يقع بعد المواقعه.

الثانى [فى أن المراد من العود الموجب للكفاره هو إراده المواقعه]

الأشهر الأظهر أن المراد من العود الموجب للكفاره هو إراده المواقعه كما قدمنا ذكره،و به صرح جمله من المتقدمين أيضا.

قال الشيخ فى كتابى المبسوط و الخلاف:لا يجب الكفاره إلا إذا ظاهر ثم أراد الوطء إن كان الظهار مطلقا،و بعد حصول الشرط و إراده الوطء إن كان مشروطا.

و بذلک صرح ابن أبى عقيل و السيد المرتضى بعد أن ذكر أنه ليس لأصحابنا نص صريح فى تفسيره،و خالف فى ذلک ابن الجنيد فجعل العود عباره عن إمساكها فى النكاح بقدر ما يمكنه مفارقتها فيه.قال على ما نقله عنه فى المختلف:و المظاهر إذا أقام على إمساک زوجته بعد الظهار بالعقد الأول زمانا،فإن قل فقد عاد -إلى أن قال:-و لم يجز له أن يطأ حتى يكفر.

و نقل عنه فى المسالک الاحتجاج على ذلک بأن العود للقول عباره عن مخالفته، يقال:قال فلان قولا ثم عاد فيه،و عاد له أى خالفه و نقضه،و هو قريب من قولهم:عاد فى هبته-ثم قال فى المسالک:-و هذان القولان للعامه أيضا،و لهم قول ثالث إنه الوطء نفسه،و الأصح الأول.

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۵۹ ح ۳۰،التهذيب ج ۸ ص ۲۰ ح ۳۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۳۰ ب ۱۶ ح ۵.

ثم إنه أجاب عن الثاني و هو ما ذهب إليه ابن الجنيد،قال:و جواب الثاني أن حقيقه الظهار كما اعترفوا به تحريم المرأه عليه،و ذلك لا ينافي بقاؤها في عصمته،فلا يكون إبقاؤها بذلك عودا فيه،و إنما يظهر العود في قوله بإراده فعل ما ينافيه،و ذلك بإراده الاستمتاع أو به نفسه،لكن الثاني غير مراد هنا لقوله «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسّٰا» فجعل الكفاره مترتبه على العود،و جعلها من قبل أن يتماسا،فدل على أن العود يتحقق قبل الوطء،و بهذا يضعف القول الثالث،انتهى.

و أجاب في المختلف و مثله في المسالك أيضا عما ذهب إليه ابن الجنيد بأن قوله عز و جل «ثُمَّ يَعُودُونَ» يقتضي التراخي بين الظهار و العود لدلاله«ثم»عليه و على قولهم بالقول الثاني لا يتحقق التراخي على هذا الوجه.

أقول:لا يخفى أن المستفاد من الآيه و الأخبار المتقدمه متى ضم بعضها إلى بعض إنما هو عباره عن إراده المواقعه،لا مجرد إمساكها،لأن الآيه دلت على ترتب الكفاره على العود،بمعنى إراده العود بالتقريب المتقدم،و الأخبار صرحت بأن وقت الكفاره إراده المواقعه،و منه علم أن العود الموجب للكفاره عباره عن إراده المواقعه،فلو أمسكها ما أمسكها و لم يرد المواقعه لم يتحقق العود بذلك.

الثالث [هل يكون وجوب الكفاره مستقرا بإراده العود؟]

قد عرفت مما تقدم أنه لا إشكال في لزوم الكفاره بإراده العود، لكن الكلام في أنه متى وجبت بذلك هل يكون وجوبها مستقرا بذلك حتى أنه لو طلقها بعد إراده العود و قبل الوطء تبقى الكفاره لازمه له؟أو أنه لا استقرار لوجوبها إلا بالوطء بالفعل،فمعنى الوجوب إنما هو عباره عن كونها شرطا في حل الوطء لتحريم العود بدونها؟قولان،أشهرهما الثاني،و هو الذي صرح به المحقق في كتابيه.

قال في الشرائع:و لا استقرار لها،بل معنى الوجوب تحريم الوطء حتى يكفر،و على هذا فتكون الكفاره شرطا في حل الوطء،كما أن الطهاره شرط

فی صحه صلاه النافله،و الإحرام شرط فی دخول الحرم،و لا یصدق علی شیء من هذه الشروط اسم الواجب بالمعنی المتعارف منه،و هو ما یذم تارکه أو یعاقب علی ترکه،فإن تارک الکفاره لو لم یطأ لا إثم علیه،و لو وطأ أثم علی وقوع الوطء علی هذا الوجه لا علی ترک الکفاره.کما أن من صلی النافله من غیر طهاره یعاقب علی إیقاع الصلاه کذلک لا علی ترک الطهاره،و هذا الوجوب بهذا المعنی یسمی عندهم بالوجوب الشرطی،لأنه لا یترتب علی ترکه ما یترتب علی ترک الواجب،و إنما وجوبه عباره عن شرطیته فی صحه ما جعل شرطا له،و علی هذا القول یدل ظاهر الآیه،فإن قوله عز و جل «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسّا» غایه ما یدل علیه توقف إباحه التماس علی تحریر الرقبه،لا وجوب التحریر بمجرد إراده التماس.

و بالجمله فإن مجرد إراده العود مع عدم وقوع الوطء منه و لا التکفیر لا یوجب حصول العصیان،و الموجود فی الآیه تحریر الرقبه قبل التماس،و هذا لم یحصل منه مماسه بالکلیه.

و علی ذلک یدل أیضا ظاهر صحیحه الحلبی (1)المتقدمه قریبا فیمن یظاهر امرأته،ثم یرید أن یتم علی طلاقها«قال:لیس علیه کفاره،قلت:إنه أراد أن یمسها،قال:لا یمسها حتی یکفر»فإن غایه ما تدل علیه أن جواز المس متوقف علی التکفیر،فمتی لم یمس لا یستقر علیه و إن أراد،و مرجعه إلی أن التکفیر شرط فی جواز المس،و هو المراد من الوجوب الشرطی الذی ذکرناه، لا الوجوب المستقر بالمعنی المتعارف.و نحوها أیضا صحیحه جمیل (2)و روایه أبی بصیر (3)المتقدمتان بالتقریب المذکور.

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۸ ح ۳۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۷ ب ۱۵ ح ۴.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۵۵ ح ۹.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۵۵ ح ۱۰.

و نقـل عن العلامـه فى التحرير أنه اسـتقرب أن الوجوب يسـتقر بإراده الوطء و إن لم يفعل،محتجا بالآيه،قال:لأن الله تعالى رتب وجوبها على العود بقوله «ثُمَّ يَعُودُونَ لِمٰا قٰالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَهٍ» أى فعليهم ذلك،و الأصل بقاء هذا الوجوب المترتب.

و أجيب بمنع الـدلاله على الوجوب مطلقـا،بل غايه ما تـدل الآيه عليه هو توقف التماس على الكفاره،و هـذا ما نـدعيه،و لو سـلم الوجوب فـالمراد به المقيـد بقبليه التماس،و القبليه من الأمور الإضافيه لا تتحقق بـدون المتضايفين فما لم يحصل التماس لا يثبت الوجوب،و هذا هو المراد من الوجوب الغير المستمر و بالجمله فالقول المذكور ضعيف لا يلتفت إليه لما عرفت،و الله العالم.

الثانيه [فى أنه لو وطأ قبل الكفاره لزمته كفاره أخرى]

المشهور بين المتقدمين و عليه كافه المتأخرين أنه لو وطأ قبل الكفاره لزمته كفاره أخرى،و لو كرر الوطء تكررت الكفاره.

و يدل على ذلك

صحيحه الحلبى (1)قال:

«سـألت أبـا عبـد الله عليه السـلام عن الرجل يظاهر من امرأته ثم يريـد أن يتم على طلاقها،قال:ليس عليه كفاره،قلت:فإن أراد أن يمسها؟قال:لا يمسها حتى يكفر،قلت:فإن فعل فعليه شيء؟ فقال:إى و الله إنه لآثم ظالم،قلت:عليه كفاره غير الاولى؟قال:نعم».

و ما رواه

فى الكافى (2)عن أبى بصير قال:

«قلت لأبى عبـد الله عليـه السـلام:متى تجب الكفـاره على المظـاهر؟قـال:إذا أراد أن يواقـع،قـال:قلت،قـال:فـإن واقـع قبـل أن يكفر؟قال:فقال:عليه كفاره أخرى».

و هـذه الروايه وصـفها فى المسالك بالصـحه،و لا أعرف له وجها،فإن طريقها فى الكافى عن على الميثمى عن ابن أبى عمير عن حفص بن البخترى عن أبى بصير، و طريق الكلينى إلى على الميثمى غير معلوم و على المذكور مجهول،و أبو بصير مشترك.

ص :٦٧٦

١- ١) التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣١،الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٤.
٢- ٢) لم نعثر عليها فى الكافى،التهذيب ج ٨ ص ٢٠ ح ٣٩،الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٦.

و ما رواه

الشیخ (۱)عن الحسن الصیقل عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت له:

رجل ظاهر من امرأته فلم یف،قال:علیه الکفاره من قبل أن یتماسا،قلت:

فإنه أتاها قبل أن یکفر،قال:بئس ما صنع،قلت:علیه شیء؟قال:أساء و ظلم قلت:فیلزمه شیء؟قال:رقبه أیضا».

و ما رواه

فی الکافی (۲)عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه قال:إذا واقع المره الثانیه قبل أن یکفر فعلیه کفاره أخری،لیس فی هذا اختلاف».

أقول:الظاهر أن قوله«لیس فی هذا اختلاف»من کلام أحد الرواه، بمعنی أنه بتکرر الوطء تتکرر الکفاره،فلکل وطء کفاره من غیر خلاف بین الخاصه و العامه فی ذلک،إنما الخلاف فی لزوم کفاره أخری للوطء الأول کما هو محل البحث.

و نقل عن ابن الجنید أنه حکم بالتعدد،و کذلک إذا کان فرض المظاهر التکفیر بالعتق أو الصیام.و أما إذا انتقل فرضه إلی الصیام فلا.

قال علی ما نقل عنه فی المختلف و المسالک:و المظاهر إذا قام علی إمساک زوجته بعد الظهار بالعقد الأول زمانا،و إن قل فقد عاد لما قال،و لم یستحب (۳)له أن یطأ حتی یکفر،فإن وطأ لم یعاود الوطء ثانیا حتی یکفر،فإن فعل وجب علیه بکل وطء کفاره،إلا أن یکون ممن لا یجد العتق و لا یقدر علی الصیام فکفارته هی الإطعام فإنه إن عاود إلی جماع ثان قبل الإطعام فالنفقه لا یوجب علیه کفاره،لأن الله شرط فی العتق و الصیام أن یکون قبل العود و لم یشترط ذلک فی الإطعام و الاختیار أن لا یعاود إلی جماع ثان حتی یتصدق.

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۴ ح ۲۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۷ ب ۱۵ ح ۵.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۵۷ ح ۱۷،التهذیب ج ۸ ص ۱۸ ح ۳۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۶ ب ۱۵ ح ۱.

۳- ۳) فی المختلف«و لم یجز».

و احتج له الأصحاب بصحيحه زراره (۱)المتقدمه فی الموضع الأول من سابق هذه المسأله الداله علی أن من واقع بعد الظهار قبل أن یکفر فهو فقیر.

و حسنه الحلبی (۲)عن الصادق علیه السلام قال:

«سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات،قال:یکفر ثلاث مرات،قلت:فإن واقع قبل أن یکفر؟قال:

یستغفر الله،و یمسک حتی یکفر».

و روایه زراره (۳)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«إن الرجل إذا ظاهر من امرأته ثم یمسها قبل أن یکفر فإنما علیه کفاره واحده،و یکف عنها زوجها حتی یکفر».

و أنت خبیر بأن ظاهر کلام ابن الجنید بل صریحه موافقه الأصحاب فیما إذا کان التکفیر بالعتق أو الصیام،فأوجب التعدد بالوطء بعد الظهار قبل الکفاره، و تعددها بتعدد الوطء،و إنما یخالفهم فی صوره ما إذا کان التکفیر بالإطعام،فإنه لا یوجب أزید من کفاره واحده،محتجا بظاهر الآیه،و هی قوله عز و جل «وَ الَّذِینَ یُظٰاهِرُونَ مِنْ نِسٰائِهِمْ ثُمَّ یَعُودُونَ لِمٰا قٰالُوا فَتَحْرِیرُ رَقَبَهٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ یَتَمَاسّٰا -إلی أن قال:- فَمَنْ لَمْ یَجِدْ فَصِیٰامُ شَهْرَیْنِ مُتَتٰابِعَیْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ یَتَمَاسّٰا فَمَنْ لَمْ یَسْتَطِعْ فَإِطْعٰامُ سِتِّینَ مِسْکِیناً ». (۴)

و التقریب فیها أنه اشترط فی کفاره العتق و الصیام أنه لا یجوز له المواقعه إلا بعد تلک الکفاره،سواء واقعها مره أو مرات،فإنه یکرر الکفاره بذلک

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۵۹ ح ۳۰،التهذیب ج ۸ ص ۲۰ ح ۳۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۳۰ ب ۱۶ ح ۵.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۵۶ ح ۱۴،الفقیه ج ۳ ص ۳۴۳ ح ۸،التهذیب ج ۸ ص ۱۸ ح ۳۴، الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۶ ب ۱۵ ح ۲.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۲۰ ح ۳۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۸ ب ۱۵ ح ۹ و فیهما«ثم غشیها» و«یکف عنها حتی».

۴- ۴) سوره المجادله-آیه ۳ و ۴.

لمنعه من المماسه قبل الكفاره،فهو ممنوع فی المس الأول و الثانی،و هکذا، فکل منهما وجب الکفاره.

و أما الإطعام فأطلقه و لم يشترط فيه ذلک قبل المماسه،بل ظاهره أنه متی کان کفارته الإطعام فإنه يکفر بعد الظهار تماسا أو لم يتماسا فإنما عليه کفاره واحده،لأنه لم يعلق الکفاره علی التماس کما فی الأولين،بل قال:

فإن لم يستطع التکفير بتلک الکفارتين علی الوجه المذکور فکفارته إطعام ستين مسکينا مره واحده و إن تماسا و تکرر التماس،لأنه لم يرتب الکفاره علی التماس ليلزم تکررها بتکرره،بل الموجب لها إنما هو الظهار،و الواجب فيه کفاره واحده،و التعدد غير مستفاد من الآيه فی هذه الکفاره.

و أما الأخبار التی أوردوها دليلا لابن الجنيد فلا دلاله فی شیء منها علی هذا التفصيل الذی ادعی ابن الجنيد من تخصيص محل خلافه مع الأصحاب بکفاره الإطعام،بل هی مطلقه کإطلاق الأخبار الداله علی القول المشهور،و لا فرق فی شیء منها بين الکفارات،إلا أن تلک دلت علی التعدد مطلقا و هذه دلت علی وحده الکفاره مطلقا عتقا کانت الکفاره أو صياما أو إطعاما،فهی غير موافقه لابن الجنيد لأنه يخص ذلک بما إذا کان الکفاره إطعاما،و هذه الأخبار مطلقه،و حملها علی خصوص الإطعام کما يقوله ابن الجنيد تعسف محض و تکلف صرف لا يساعد عليه شیء من عبائرها و ألفاظها.

نعم الواجب الکلام فی الجمع بين هذه الأخبار،و ظاهر شيخنا الشهيد الثانی فی المسالک حمل الأخبار الأول علی الاستحباب،ثم إنه استشکل ذلک باعتبار صحه روايتی الحلبی و أبی بصير بناء علی ما قدمنا نقله عنه من حکمه بصحتها، و التأويل فرع المعارضه و إلا فالعمل علی الترجيح بالصحه.

و الشيخ-رحمه الله عليه-قد حمل الأخبار الأخيره الداله علی عدم تکرار

الکفاره علی من فعل ذلک جاهلا،و استدل علیه

بصحیحه محمد بن مسلم (۱)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«الظهار لا یقع إلا علی الحنث،فإذا حنث فلیس له أن یواقعها حتی یکفر،فإن جهل و فعل کان علیه کفاره واحده».

أقول:و التحقیق أن الروایه الاولی من الروایات الأخیره و هی صحیحه زراره (۲)لیست مما ذکروه فی شیء.و إنما المعنی فیها ما قدمنا ذکره من الحمل علی ما إذا کان الظهار مشروطا بالمواقعه،بأن قال:أنت علی کظهر أمی إن واقعتک،فإنه لا تجب علیه الکفاره إلا بعد المواقعه،و لا یحصل الحنث الموجب لها إلا بذلک.

و أما حسنه الحلبی (۳)فلیس فیها إلا أنه إذا واقع قبل أن یکفر فلیستغفر الله و لیمسک حتی یکفر.و لا دلاله فیه علی أنه یکفر کفاره واحده،بل هی أعم من الواحده و الاثنتین،و حینئذ فیحمل علی الکفارتین جمعا بین الأخبار المفصله،و علی هذا فتنحصر فی روایه زراره،و هی لا تبلغ قوه فی معارضه تلک الأخبار،فیجب حملها علی ما ذکره الشیخ من الجاهل الناسی و بذلک یظهر قوه القول المشهور.

و أما ما ذکره فی المسالک بعد استبعاده ما ذکرناه من المحامل،فقال:

و قول ابن الجنید لا یخلو من قوه،و فیه جمع بین الأخبار،إلا أن الأشهر خلافه ففیه ما عرفت آنفا من أن قول ابن الجنید لا تعلق له بهذه الروایات الأخیره، لأنه یفصل فی الکفاره بین العتق و الصوم و بین الإطعام،فیوجب التعدد کما ذکره الأصحاب فی الأولین و یوجب الواحده فی الثالث،و هذه الأخبار لیس فیها إشاره

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۱ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۸ ب ۱۵ ح ۸.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۵۹ ح ۲۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۹ ب ۱۶ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۵۶ ح ۱۴،الفقیه ج ۳ ص ۳۴۳ ح ۸،التهذیب ج ۸ ص ۱۸ ح ۳۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۶ ب ۱۵ ح ۲.

إلى هـذا التفصـيل بـالكليه،و إنمـا هى مطلقه فى اتحـاد الكفاره،عتقا كانت أو صوما أو إطعاما،و حمل هـذه الأخبار الأخيره على خصوص كفاره الإطعام،مع أنه لا إشاره إليه،فضلا عن الدلاله عليه فى شيء منها تعسف ظاهر،و تحكم مجاهر.

و كيف كان فإنه على تقـدير القول المشهور من وجوب التعدد فإنه يجب تقييده بالعالم العامد دون الجاهل و الناسـى كما دلت عليه صـحيحه محمد بن مسلم (۱)و إن كـان موردهـا إنما هو الجاهل،إلا أن الناسـى يشاركه عنـد الأصـحاب كما صرح به فى المسالك و غيره.

الثالثه [فى حكم الظهار لو طلقها بائنا أو رجعيا.ثم تزوجها بعد العده]

لاـ خلاـف بين الأصـحاب-رضوان الله عليهم-فى أن المظـاهر إذا طلق طلاقـا رجعيا ثم راجع فى العـده فإن حكم الظهار باق فلا تحل له حتى يكفر.

و إنمـا الخلاـف فى أنها إذا طلقها بائنا أو رجعيا و لكن تركها حتى خرجت من العـده ثم تزوجها بعقـد جديـد فهل يكون حكم الظهار باقيا كالصوره الأولى أم لا؟قولان،أشهرهما و أظهرهما الثانى.

و يدل على الحكمين المذكورين ما رواه

الصدوق فى من لا يحضره الفقيه (۲)فى الصحيح عن ابن أبى عمير عن أبى أيوب الخزاز عن بريد بن معاويه قال:

«سألت أبا جعفر عليه السـلام عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها تطليقه،فقال:إذا هو طلقها تطليقه فقد بطل الظهار و هدم الطلاق الظهـار،قيـل له:فله أن يراجعهـا؟قـال:نعم هى امرأته،فـإن راجعهـا وجب عليه مـا يجب على المظـاهر من قبل أن يتماسا، قلت:فإن تركها حتى يحل أجلها و تملك نفسـها،ثم تزوجها بعـد ذلك،هل يلزمه الظهار من قبل أن يمسـها؟قال:لا،قـد بانت منه و ملكت نفسها».

إلا أن صاحب الكافى (۳)قد روى هذه الروايه بعينها عن يزيد الكناسى عن

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۱۱ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۲۸ ب ۱۵ ح ۸.

۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۳۴۲ ح ۶.

۳- ۳) الكافى ج ۶ ص ۱۶۱ ح ۳۴،التهذيب ج ۸ ص ۱۶ ح ۲۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۱۸ ب ۱۰ ح ۲ و ما فى المصادر اختلاف يسير.

أبی جعفر علیه السلام،الخبر کما هو فی من لا یحضره الفقیه،و یزید المذکور بالیاء المثناه من تحت ثم الزای،أو برید بالباء الموحده ثم الراء المهمله مجهول فی الرجال فیکون الحدیث ضعیفا بهذا الاصطلاح المحدث،لکنه من الجائز روایه کل منهما له فی ذلک المجلس.و کیف کان فهو ظاهر الدلاله علی الحکمین المذکورین.

و ذهب سلار و أبو الصلاح إلی عود حکم الظهار بعد تزویجها و لو بعد العده البائنه لعموم الآیه و خصوص

حسنه علی بن جعفر (۱)عن أخیه علیه السلام

«أنه سأله عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها بعد ذلک بشهر أو شهرین فتزوجت ثم طلقها زوجها الذی تزوجها،ثم راجعها الأول،هل علیه فیها الکفاره للظهار الأول؟ قال:نعم،عتق رقبه أو صوم أو صدقه».

و أجاب الشیخ عن هذه الروایه بالحمل علی التقیه لموافقتها لمذهب جمع من العامه،و اعترضه فی المسالک بأن العامه مختلفون فی ذلک کالخاصه،فلا وجه للتقیه فی أحد القولین.

و فیه أنه لا منافاه فی ذلک،إذ من الجائز شیوع هذا القول بین العامه فی ذلک الوقت،فأفتی علیه السلام بما یوافق قولهم یومئذ تقیه،و قد ورد فی الأخبار أنه مع اختلافهم فی الحکم یؤخذ بخلاف ما إلیه قضاتهم و حکامهم أمیل.

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۷ ح ۲۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۱۹ ب ۱۰ ح ۹ و فیهما اختلاف یسیر.

فی هذه الریاض و العراص أصاب سهم القدر لمؤلفه الذی لا سعه عنه و لا مناص، و لا محید دون عموم و اختصاص،فیا له من کرب لا یفیث منه حی،و یا لها من ثلمه لا یسدها شیء،و به تم الجزء الخامس و العشرون-حسب تجزئتنا-بحمد الله و منه.

و سیلیه-إن شاء الله-تتمه لکتاب الظهار نهض بعبء تألیفه ابن أخیه و تلمیذه العلامه النحریر آیه الله المحدث الشیخ حسین بن محمد آل عصفور متبعا خطی جده و طریقه بحثه و اسما له ب:

«عیون الحقائق الناظره فی تتمه الحدائق الناضره» فخرج کاملا متسقا،مسدیا فی ذلک خدمه جلیله لرواد العلم و الفضیله،فلله دره و علی الله أجره و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمین

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِی الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة

تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات

توسیع عام لفکرة المطالعة

تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:

مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.۴

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزی

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزی ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

هاتف المكتب فی طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.


مركز
القائمية
اصبهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاءِ من فضلكم
٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٠٩